Der Kauf von G.m.b.H.-Geschäftsanteilen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Leo von Middendorff
aus Hellenorm (Livland)

Dorpat 1929

Der Kauf von G.m.b.H.-Geschäftsanteilen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Leo von Middendorff
aus Hellenorm (Livland)

Dorpat 1929

Referent: Professor Dr. v. Heck.

Gedruckt mit Genehmigung der Fakultät.

Gedruckt bei C. Mattiesen, Dorpat.

Inhaltsübersicht.

I. Einleitung.

§ 1. 9

II. Allgemeiner Teil.

A. Sachkauf und Rechtskauf.

§ 2. Das Verhältnis von Sachkauf und Rechtskauf nach dem BGB. 10

§ 3. Der Unterschied zwischen Sach- und Rechtskauf nach dem Recht des BGB. im Einzelnen 12

§ 4. Die Verschaffungspflicht des Verkäufers 12

§ 5. Der Überagng der Gefahr 12

§ 6. Die Mängelhaftung des Verkäufers 23

B. Der Kauf von Wertpapieren.

§ 7. Die Verschaffungspflicht des Verkäufers 28

§ 8. Mängelhaftung 32

§ 9. Der Übergang der Gefahr 35

C. Der Kauf eines Unternehmens.

§ 10. Allgemeines 36

§ 11. Der Verschaffungspflicht des Verkäufers 36

§ 12. Der Übergang der Gefahr 37

§ 13. Die Mängelhaftung des Verkäufers 38

III. Spezieller Teil.

A. § 14. Die rechtliche Natur des Kaufs von G. m. b. H.-Geschäftsanteilen 40

B. § 15. Die Formvorschrift des § 15 G. m. b. H.-Gesetz . . . 41

C. Die Verschaffungspflicht des Verkäufers.

§ 16. Der Gegenstand der Verschaffungspflicht 46

§ 17. Unmöglichkeit der Erfüllung und ihre Folgen 47

§ 18. Die Sonderlage der Fälle, wenn durch Gesellschaftsvertrag die Abtretung von Geschäftsanteilen an weitere Voraussetzungen geknüpft ist 50

§ 19. Die Probleme beim Kauf von Teilen eines Geschäftsanteils 54
§ 20. Der Anteilschein . . . . . , 57
§ 21. Die Dividendenscheine und der Erneuerungsschein (Talon) 61
§ 22. Die Anmeldung des Erwerbers des verkauften Geschäftsanteils bei der Gesellschaft 67

D. Der Überagng der Gefahr.
§ 23. . . . . , 68

E. Die Mängelhaftung des Verkäufers.
§ 24. . . . . , 70

Benutzte Literatur.

Adler, Karl, Kaufbegriff und Werklieferungsvertrag im Handelsrecht. In Archiv f. ziv. Praxis. Bd. 109 (1912). S. 321 ff.

—„— Studien zur Lehre von den Wertpapieren und dem Wechsel. In Grünhuts Zeitschr. Bd. 26.

Bernstein, Wilh., Vorlesungen über das deutsche Wechselrecht 1909.

—„— Allgemeine deutsche und allgemeine österreichische Wechselordnung. Erläutert von .... 1898.

Bett, K., Der Handel in Anteilen der G. m. b. H. In Bankarchiv, Jg. 1910/11. S. 143.

—„— in J. W. 1911. S. 626 ff.

Blum, Fritz, Der Verkehr mit Geschäftsanteilen einer G. m. b. H. In J. W. 1913. S. 511.

Brodmann, Erich, Gesetz betreffend die G. m. b. H. Komm. 1924.

Cordes, Josef, Begriff und Arten der Wertpapiere. Diss. Kiel 1898.

Dr. Dalberg, 20 Jahre G. m. b. H. In D. J. Z. 1912. S. 611 ff.

Beneke, Der Erneuerungsschein. In Iherings Jahrb. Bd. 42.

Dorst, Abtretung von Geschäftsanteilen einer G. m. b. H. Im D. Not. Ver. Zeit. Bd. 18, S. 181.

Dernburg, Heinr., Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung. In D. J. Z. 1903, S. 1 ff.

Düringer, In Bankarchiv 1910/11. S. 126.

Dr. Düringer, Eine neue Methode der Rechtsprechung und der Kritik. In Recht 1908. S. 256.

Düringer, A u. *Hachenburg, M.,* Das Handelsgesetzbuch. Bd. 3. 2. Aufl. 1913.

Dr. Düringer, Gewährleistung beim Kauf von Wertpapieren. In. D. J. Z. Bd. 1905. S. 374.

Düringer, Die kurze Verjährung der Gewährleistungsansprüche. In L. Z. 1907. S. 131.

Dr. Ebbecke, Zusicherung. In Recht 1911. S. 817 ff.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem BGB. In Grüchots Beiträgen, Bd. 43, S. 305 ff.

—„— In Grüchot's Beiträgen, Bd. 43, S. 267 ff.

—„— In Grüchot's Beiträgen, Bd. 41, S. 882 ff.

Ehrenberg, Viktor, Handb. des ges. Handelsrechts:

a) Bd. 2, 1. Abt. 1914, Pisko, Oskar, Das kaufmännische Unternehmen.

b) Bd. 3, 1. Abt. 1916, Fischer, Rud., Die Aktiengesellschaft.

c) Bd. 4, 1. Abt. 1917, Jacobi, Ernst, Die Wertpapiere.

d) Bd. 4, 2. Abt. 1918, Brodmann, Erich, Die Handelsgeschäfte.

e) Bd. 4, 2. Abt. 1918, Örtmann, Paul, Der gewöhnliche Handelskauf.

Emerich, Heinrich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem BGB. In Abhandl. zum Privatrecht u. Zivilprozess. Herausgegeben von Otto Fischer, Bd. 4. 1900.

Enneccerus, Kipp u. *Wolff,* Lehrb. des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 2. Abt. Enneccerus, Ludwig, Recht der Schuldverhältnisse.

Fränkel, Franz, Die G. m. b. H. 1915.
Froelich, Ernst, Beitrag zur Lehre vom Gefahrübergang beim Kauf. Diss. Erlangen 1906.
Friderici, Arthur, Das sachenrechtliche und das obligationenrechtliche Moment bei sog. Wertpapieren. Diss. Jena 1890.
Fuchs, Ernst, in J. W. 1911. S. 201.
Gareis, Karl, Das Reichsgesetz betreffend die G. m. b. H. 1893.
Gierke, Otto, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.
Goldschmidt, L., Alte und neue Formen der Handelsgesellschaft 1892. (In L. Goldschmidt, Vermischte Schriften, Bd. 2. 1901.)
Grünhut, C. S., Wechselrecht. Bd. 2, 1897. (In Binding's Handb. der deutschen Rechtswissenschaft III, 2.)
Hachenburg, Max, Kommentar zum Gesetz betr. die G. m. b. H. (Früher Staub-Hachenburg.) Bd. 1. 5. Aufl. 1926.
Dr. Hagens, Gewährleistung beim Verkauf von Wertpapieren. In D. J. Z. 1905, S. 664.
Hanausek, Gustav, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. Bd. 2, § 54. 1887.
Heim, Richard, Die Rechtstellung des Emissionshauses bei der Einführung von Aktien in den Verkehr. Diss. Marburg 1909.
Hellbach, Mängel der verkauften Sache. In Recht 1905, S. 6.
Heye, Hermann, Über die Haftung des Verkäufers von Wertpapieren. Diss. Jena 1910.
Hoerschgen, Wilh., Die Gewährleistung beim Verkauf von Wertpapieren. Diss. Rostock 1910.
Jacobi, Ernst, Die Wertpapiere im bürgerl. Recht. In Abhandl. zum Privatrecht und Zivilprozess. Herausgeg. v. Otto Fischer, Bd. 8. 1901.
Dr. Katzenstein, in J. W. 1916. S. 1182.
Kisch, Wilh., Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung. In Abhandl. zum Privatrecht u. Zivilprozess. Herausgeg. von Otto Fischer, Bd. 7. 1901.
Klein, Peter, Anzeigepflicht. In Schuldrecht 1908.
Kleineidam, Feodor, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. In Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess. Herausgeg. v. Otto Fischer, Bd. 7, Heft 1. 1900.
Koch, Richard, Geld und Wertpapiere 1889. In Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines BGB. Herausgeg. v. E. J. Becker u. O. Fischer, Heft 4.
König, Max, Die Haftpflicht des Verkäufers von Inhaberpapieren. Diss. Berlin 1892
Könige, in Banckarchiv 1908/09. S. 353—54.
Kormann, Karl, Die Gültigkeit der Lieferung von Verfügungsrechten über G. m. b. H.-Anteile. In L. Z. 1912, S. 640.
Krückmann, Paul, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess. Im Archiv für ziv. Praxis. Bd. 101. 1907.
Kuntze, Joh. Emil, Die Lehre von den Inhaberpapieren. § 153. 1857.
Langen, Arnold, Die Kreationstheorie im heutigen Reichsrecht. 1906.

Lankau, Paul, Die Pflicht des Gesellschafters einer G. m. b. H. zur Leistung der Stammeinlage. Diss. Leipzig 1908.

Lehmann, K. u. *V. Ring,* Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 1913. (In Komm. z. BGB. u. seinen Nebengesetzen. 2. Teil: Nebengesetze I, 2.)

Lehmann, Karl, Beiträge zur Lehre von den Erwerbsgründen des Aktienrechts. In Goldschmidts Zeitschr. f. das ges. Handelsrecht, Bd. 51.

—„— In Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 75 (1914). S. 403, 404.

Lenel, in D. J. Z. 1913. S. 883.

Liebmann, J., Kommentar zum Gesetz betr. die G. m. b. H. 6. Aufl. 1921.

Martinius, Zur Lehre von der Gefahr beim Kaufe nach dem BGB. In Archiv f. bürgerl. Recht. Bd. 17, S. 50 ff.

Megerlin, Paul, Zur Lehre von der Haftung des Verkäufers von Wertpapieren. Diss. Erlangen 1912.

Moeder, Marcel, Die Gewährleistung des Verkäufers für verkaufte Wertpapiere. Diss. Heidelberg 1906.

Mitteis, L., Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. In L. Z. 1908. S. 202.

Mugdan, B., Die gesamten Materialien zum BGB. Herausgegeben v. .... 1899.

Müller, E., in Recht 1902. S. 576 ff.

Müller-Erzbach, Rud., Deutsches Handelsrecht 1921/24.

Neukamp, Die Zwangsvollstreckung in Geschäftsanteile einer G. m. b. H. In D. J. Z. 1904.

—„— Die Geschäftsanteile der G. m. b. H. In Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 57. 1906.

Oertmann, Paul, Das Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl. 1910. (In Komm. zum BGB. u. seinen Nebengesetzen.)

—„— Zur Lehre von der Beweislast bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache. In Recht 1908, S. 345 ff.

—„— Sachmängel und Abnahmepflicht. In Recht 1909, S. 617 ff.

Oppenheimer, Ernst, Über den Handel in Geschäftsanteilen etc. In L. Z. 1913, S. 735 ff.

Pelkmann, Gewährleistungsanspruch wegen Sachmangels bei einem Kaufe wertloser Aktien. In L. Z. 1917, S. 1119.

Piezger, Werner, Die G. m. b. H. 1914.

Planck's, Kommentar z. BGB.
Bd. 1. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. 1913.
Bd 2. Schuldverhältnisse. 1. Hälfte, 4. Aufl. 1914. 2. Hälfte, 4. Aufl. 1923.

Pommer, Gustav, Die Pflichten und Rechte der Mitglieder einer G. m. b. H. Diss. Göttingen 1893.

Rauth, Otto, Der Inhalt des § 952 BGB. Diss. Leipzig 1906.

Rehm u. A., Kommentar z. Börsengesetz. Bearbeitet von .... (Verbandskommentar). Anhang, Anm. 179 ff. (S. 380 ff.)

Reichsgerichtsräte, Das BGB. Kommentar der ..... Bd. 1. 5. Aufl. 1923.

Rosenthal, Eduard, G. m. b. H. In Handwörterbuch d. Staatsw. Bd. 4, 3. Aufl. 1909.

Sarrazin, Abtretung von Geschäftsanteilen einer G. m. b. H. In D. Not. V. Z. Bd. 18, S. 380 ff.

Scharf, Richard, Über einige Fragen des Wertpapierrechts. Diss. Jena 1903.

Schefold, Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers bei dem Verkauf von Wertpapieren. In Württ. Zeit. f. Rechtspflege. Bd. 3 (1910), S. 149 ff.

Schmidt, Gerhard, Der Begriff des Wertpapiers. Diss. Freiburg 1901.

Schöller, W., Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Niete und Dienstvertr. nach dem BGB. In Grüchots Beitr., Bd. 46, S. 1 ff.

Schollmeyer, Friedr., Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. In Iherings Jahrbücher, Bd. 49, S. 93 ff.

Schultess, Martin, Reformbestrebungen im Rechte der G. m. b. H. Diss. Leipzig 1914.

Schultze, A. S., Kurze Verjährung des § 477 BGB. In Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 30.

Schweitzer, Kurt, Über die Grenzen von Unmöglichkeit und Unvermögen bei dem Kauf einer Forderung. Diss. Breslau 1910.

Schwerin, Claudius Frh. v., Recht der Wertpapiere. In Grundrisse der Rechtswissenschaft. Bd. 7. 1924.

Siber, Heinrich, Zur Theorie von Schuld u. Haftung nach Reichsrecht. In Iherings Jahrbüchern, Bd. 50.

Soergel, Hs. Th., Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Komm. 3. Aufl. 1926.

Staub's Kommentar zum HGB. Bd. 1—3. 12. u. 13. Aufl. 1926. Bd. 2, II (Bd. 4), 10. Aufl. 1920.

—„— Kommentar zur Wechselordnung. 10. Aufl. Bearbeitet v. Dr. Moritz Stranz und Martin Stranz. 1923.

Staub, Hermann, Die positiven Vertragsverletzungen. 1904.

Staudinger, J. v., Kommentar z. BGB. Bd. 1. Allgemeiner Teil. 9. Aufl. 1925. Bd. 2. Schuldverhältnisse. 7./8. Aufl. 1912.

Stern, Siegfried, Die Gefahrtragung beim Kaufe. Diss. Marburg 1909.

Titze, Heinrich, Die Unmöglichkeit der Leistung. 1900.

Wolff, Max, Sachmängel beim Kauf. In Iherings Jahrbücher. Bd. 56. 1910.

Würzburger, Julius, Über die Haftung des Zedenten für Güte und Einbringlichkeit einer Forderung. In Grüchots Beiträge. Bd. 51, S. 721 ff.

Reichgerichtsentscheidungen abgedruckt in:

a) Entscheidungen des Reichsgerichts in Ziv. Sachen.

b) L. Z. = Leipziger Zeitschr. für deutsches Recht (früher für Handels-, Konkurs- u. Versicherungsrecht).

c) J. W. = Juristische Wochenschrift.

d) D. J. Z. = Deutsche Juristenzeitung.

e) Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Herausgegeben von J. A. Gruchot.

f) Das Recht. Begr. von Soergel.

g) Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsbände. Herausgeg. von Otto Warneyer.

h) Seufferts Archiv f. Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

I. Einleitung.

§ 1.

Die vorliegende Arbeit soll keine erschöpfende Darstellung des Kaufes von G. m. b. H.-Geschäftsanteilen geben. Vielmehr sollen hier nur diejenigen Probleme des Kaufrechts erörtert werden, denen entweder beim Kauf von Geschäftsanteilen eine besondere Bedeutung zukommt oder aber die heute noch Gegenstand von Streitfragen sind, die eine endgültige allgemein anerkannte Lösung noch nicht gefunden haben. Im übrigen sind die allgemeinen Probleme des Kaufsrechts, die naturgemäss auch beim Kauf von Geschäftsanteilen Gültigkeit haben, in der vorliegenden Arbeit nicht behandelt, und ist in Bezug auf dieselben auf die Lehrbücher und Kommentare zum BGB zu verweisen, wo auch über die Spezialliteratur für alle Einzelprobleme die nötigen Angaben zu finden sind. Über den Inhalt der Arbeit sei folgendes bemerkt. In dem ersten allgemeinen Teil werden die mehr allgemeinen Probleme behandelt, die nicht nur beim Kauf von Geschäftsanteilen eine Rolle spielen, die aber auch in der vorliegenden Arbeit behandelt werden müssen, weil ihre Darstellung zum Verständnis der im zweiten Teile behandelten Spezialprobleme erforderlich ist. Es handelt sich hierbei um die Unterschiede zwischen dem sog. „Sach-" und „Rechtskauf", wie er im Kaufrecht des BGB vorliegt; ferner um die Streitfragen, die mit dem Kauf von Wertpapieren zusammenhängen und schliesslich um die Frage, ob Unternehmungen und Handelsgeschäfte mit Kundschaft als Ganzes Gegenstand eines Kaufvertrags sein können, und inwieweit die allgemeinen Vorschriften des Kaufrechts auf solche Käufe Anwendung finden können. Nachdem auf diese Weise im allgemeinen Teil diejenigen allgemeinen Probleme des Kaufrechts einer kritischen Betrachtung unterzogen und geklärt worden sind, denen beim Kauf von Geschäftsanteilen eine besondere Bedeutung

zukommt, werden im zweiten speziellen Teil die Sonderprobleme, die speziell beim Kauf von Geschäftsanteilen auftauchen, behandelt werden.

II. Allgemeiner Teil.

A. Sachkauf und Rechtskauf.

§ 2. Das Verhältnis von Sachkauf und Rechtskauf nach dem BGB.

Das BGB. kennt als Gegenstand des Kaufes Sachen und Rechte, wobei der Sachkauf und der Rechtskauf voneinander abweichend geregelt worden sind. Über die Gründe dieser unterschiedlichen Behandlung des Rechts- und Sachkaufes soll im nächsten Paragraphen gesprochen werden. Hier wollen wir zunächst den Unterschied zwischen Rechtskauf und Sachkauf, wie er im BGB. vorliegt, begrifflich klären. Dazu muss festgestellt werden, dass sowohl beim Sachkauf, als auch beim Rechtskauf immer zwei Elemente an dem verkauften Gegenstande in Betracht kommen — das materiell wirtschaftliche und das rechtliche. Denn mit Recht heisst es bei Düringer-Hachenburg[1]), dass „sowohl beim Kauf einer Sache als beim Kauf eines Rechts es wesentlich darauf ankomme, dass die rechtlich geschützte Beziehung der Zugehörigkeit zum Vermögen des Käufers hergestellt wird. Denn auch der Käufer einer Sache erwirbt ein Recht, nämlich das Eigentum an derselben. Dieses Recht wird aber mit der Sache selbst identifiziert. Im Gegensatz zum Eigentumsrechte wird jedes andere Recht, dass Gegenstand eines Kaufvertrages ist, schlechtweg als „Recht" bezeichnet." Ist also beim Sachkauf neben dem wirtschaftlichen Elemente, nämlich dem Werte der gekauften Sache, auch das rechtliche Element, nämlich die Übertragung des Eigentumsrechts vom Verkäufer auf den Käufer, vorhanden, so enthält andererseits auch jeder Rechtskauf ein wirtschaftliches Element, nämlich den Gegenstand, auf den das gekaufte Recht sich bezieht und um dessentwillen das gekaufte Recht dem Käufer überhaupt begehrenswert ist. Beim sog. Sachkauf geht neben dem dinglichen Vollrecht, dem Eigentumsrecht, auch der wirtschaftliche Wert der gekauften Sache in der Regel in seinem

[1]) S. 44.

vollen Umfange in „die rechtlich geschützte Beziehung der Zugehörigkeit zum Vermögen des Käufers" [2]) über. (Ausnahmen sind möglich, wenn der Verkäufer laut Vertrag sich ein Teilrecht an der verkauften Sache vorbehält; in solchen Fällen liegt jedoch kein reiner Kaufvertrag, sondern ein gemischter Vertrag vor, der neben dem Kauf noch einen Vertrag anderer Art, z. B. etwa einen Miet- oder Pachtvertrag enthält.) Am weitesten entfernt sind vom Sachkauf die Kaufverträge, die ein obligatorisches Forderungsrecht zum Gegenstand haben; hier soll der hinter dem verkauften Recht stehende wirtschaftliche Wert erst in der Zukunft in das Vermögen des Käufers übergehen. Bedeutend näher als der Forderungskauf steht dem eigentlichen Sachkauf der Kauf dinglicher Teilrechte, die zum Besitze der Sache berechtigen. Von ihnen sagt Megerlin [3]) zutreffend: „es handelt sich, wirtschaftlich gesprochen in diesen Fällen ebenfalls um entgeltliche Veräusserung von Sachen". Bei dieser Veräusserung von Sachen wird aber vereinbarungsgemäss nicht das dingliche Vollrecht, das Eigentum, auf den Käufer übertragen, sondern nur ein Teilrecht, das zum Besitze der Sache berechtigt. Die Sache bleibt also in bestimmten Beziehungen mit den Vermögen des Verkäufers oder einer dritten Person verbunden und geht nur in dem Umfange des verkauften Teilrechts in das Vermögen des Käufers über. Dieser den eigentlichen Sachkäufen angenäherten Stellung der Käufe von dinglichen Teilrechten, die zum Besitz der Sache berechtigen, hat auch das BGB. Rechnung getragen, in dem es in den §§ 441, 451 derartige Käufe in bestimmten Beziehungen den eigentlichen Sachkäufen gleichstellt. Aus dem Gesagten ergibt sich also, dass die Grenze zwischen Sach- und Rechtskäufen im Sinne des Gesetzes keine scharfe ist, dass Übergänge vorhanden sind, welche die Gesetzgebung und die Rechtsprechung berücksichtigen muss, damit unbillige Entscheidungen vermieden werden. Diese Erkenntnis wird uns später noch eingehend beschäftigen, wenn wir den Kauf von Geschäftsanteilen ins Auge fassen werden, wo u. a. auch diese Frage eine Rolle spielt, inwieweit auch auf solche Käufe, die ihrem Wesen nach Rechtskäufe im Sinne des BGB. sind, in bestimmten Beziehungen die Vorschriften des Gesetzes über Sachkäufe analog anzuwenden sind.

---

[2]) Düringer-Hachenburg, S. 44.

[3]) Paul Megerlin, Zur Lehre von der Haftung des Verkäufers von Wertpapieren. S. 29.

§ 3. Der Unterschied zwischen Sach- und Rechtskauf nach dem Recht des BGB im einzelnen.

Hier soll keine ausführliche Darstellung des Kaufrechts des BGB. gegeben werden, sondern es sollen nur die Unterschiede, die das BGB. bei der Behandlung der Sach- und Rechtskäufe macht, klar herausgestellt werden, weil diese Unterscheidung und die Frage, inwieweit auch beim Kauf von Geschäftsanteilen an ihr festzuhalten ist, im speziellen Teil uns noch eingehend beschäftigen wird. Diese Unterscheidung ist in dreifacher Beziehung gegeben und zwar: a) in Bezug auf die Verschaffungspflicht des Verkäufers,

b) in Bezug auf den Übergang der Gefahr und

c) in Bezug auf die Mängelhaftung des Verkäufers.

In den folgenden Paragraphen wollen wir uns diese Unterschiede näher ansehen.

§ 4. Die Verschaffungspflicht des Verkäufers.

Beim Sachkauf hat der Verkäufer die gekaufte Sache dem Käufer zu übergeben und das Eigentum an der verkauften Sache zu verschaffen. Beim Rechtskauf hat der Verkäufer dem Käufer das Recht zu verschaffen. Daneben hat er die Pflicht die Sache zu übergeben nur in den Fällen, wo das verkaufte Recht zum Besitze der Sache berechtigt. Cf. § 433 BGB.

§ 5. Der Übergang der Gefahr.

Ein weiterer Unterschied zwischen dem Kauf von Rechten und von Sachen betrifft die Gefahrtragung. Unter der Frage nach der Tragung der Gefahr versteht man bei einem Schuldverhältnis die Frage, wer von den Parteien den materiellen Nachteil zu tragen hat [4]), wenn das Objekt des Schuldverhältnisses durch Zufall [5]) zugrunde geht oder verschlechtert wird in der Zeit zwischen der Entstehung des Schuldverhältnisses und der vollstän-

---

[4]) Düringer-Hachenburg, Bd. 3, S. 73.

[5]) Zu beachten ist hierbei dass Zufall im rechtlichen Sinne bei einem Schuldverhältnisse jeder Umstand heisst den keiner der Parteien zu vertreten hat (was natürlich nicht ausschliesst, dass an ihm event. andere dritte Personen Anteil haben). In diesem Sinne werden die Ausdrücke „Zufall" und „zufällig" auch in der vorliegenden Arbeit benutzt werden.

digen Erfüllung desselben durch die Parteien [6]). Generell geregelt ist diese Frage für gegenseitige Verträge im § 323 BGB. Danach trägt die Gefahr bis zur Erfüllung der Schuldner, denn er verliert den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn er wegen völligem oder teilweisem Unmöglichwerden der Leistung nicht oder nur teilweise zu leisten braucht. Diese generelle Regelung des § 323 gilt auch für den Kauf von Rechten, da das Kaufrecht des BGB. eine abweichende Spezialbestimmung, wie sie für Sachkäufe im § 446 vorliegt, für Rechtskäufe nicht enthält [7]). Beim Kauf von Rechten trägt somit der Verkäufer bis zum Zeitpunkt der Erfüllung die Gefahr, d. h. er wird zwar von der Pflicht zur Leistung frei, wenn die Übertragung des Rechts auf den Käufer durch einen Umstand unmöglich wird, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, er verliert aber den Anspruch auf die Gegenleistung. Falls der Verkäufer für die Bonität des verkauften Rechts einzustehen hat (vgl. S. 23 ff.), so gilt das Gesagte auch in Bezug auf die Bonität des Rechts, d. h. der Verkäufer trägt auch in dieser Beziehung die Gefahr bis zur Erfüllung seiner Leistungspflicht, d. h. bis zur Übertragung des verkauften Rechts auf den Käufer. Eine Ausnahme hiervon bilden wieder die Rechtskäufe, wo das verkaufte Recht zum Besitze der Sache berechtigt, die nach § 451 BGB. in Bezug auf den Gefahrübergang den Sachkäufen gleichgestellt sind (Vgl. Anm. 7). Wenn der Verkäufen das verkaufte Recht mit einem Recht eines Dritten (das er nach § 434 BGB. beseitigen muss), belastet auf den Käufer überträgt, so hat er bis auf die Beseitigung des genannten Rechts seine Pflicht zur Leistung erfüllt, und soweit er erfüllt hat, geht nach § 323 die Gefahr des zufälligen Rechtsunterganges, resp. der zufälligen Rechtsverschlechterung auf den Käufer über. Der Verkäufer trägt aber noch weiterhin die Gefahr, so weit er trotz Übertragung des verkauften Rechts nicht erfüllt hat, nämlich im Bezug auf das noch nicht beseitigte Recht des Dritten. Wird also die Beseitigung dieses Rechts des Dritten durch Zufall unmög-

---

[6]) Der Übergang der Gefahrtragung von einer Partei des Schuldverhältnisses auf die andere nennt man gewöhnlich kurz „Übergang der Gefahr", welche Ausdrucksweise auch in der vorliegenden Arbeit benutzt werden wird.

[7]) Mit Ausnahme des § 451, laut welchem die für den Sachkauf geltenden Vorschriften des § 446 auch auf den Kauf von Rechten, die zum Besitze der Sache berechtigen, Anwendung finden.

lich [7*]), nachdem der Verkäufer das verkaufte Recht auf den Käufer übertragen hat, dann wird der Verkäufer von der Pflicht zur Beseitigung befreit, muss sich aber eine entsprechende Minderung des Kaufpreises gefallen lassen [7**]). Dasselbe gilt natürlich in Bezug auf die Pflicht des Verkäufers zur Verschaffung unbelasteten Eigentums bei Sachkäufen. Das entsprechende Problem fehlt in Bezug auf körperliche Mängel einer verkauften Sache, weil hierna ch dem Recht des BGB. für den Verkäufer keine Nachbesserungspflicht besteht. Für den Kauf von beweglichen Sachen enthält nun der § 446 BGB. eine Spezialvorschrift, deren Bedeutung wir nun näher untersuchen wollen. Bei dem Kauf von beweglichen Sachen fallen in der Regel nach den Vorschriften des BGB. über die Übertragung von Eigentum an beweglichen Sachen (§ 929 BGB.) die Übergabe der Sache und die Übertragung des Eigentums in einem Akte zusammen, d. h. mit dem einen Akte der Übergabe erfüllt in diesen Fällen der Verkäufer seine beiden ihm nach § 433 obliegenden Verbindlichkeiten, nämlich die körperliche Übergabe der Sache und die Übertragung des Eigentums an derselben. Bevor wir jedoch die Frage erörtern, wie es sich bei diesen Normalfällen mit dem Gefahrübergang nach dem § 446, Abs. 1 BGB. verhält, wollen wir zunächst diejenigen Fälle betrachten, bei denen Übergabe der Sache und Übertragung des Eigentums in zwei verschiedene Akte auseinanderfallen. Das kann entweder so geschehen, dass das Eigentum schon vorher übertragen wird, und die Übergabe der Sache erst später erfolgt, oder aber die Sache wird zuerst übergeben, die Übertragung des Eigentums erfolgt aber erst zu einem späteren Zeitpunkt. Wie steht es in solchen Fällen mit dem Übergang der Gefahr? Dazu ist folgendes zu sagen:

a) Fallen Übertragung des Eigentums und Übergabe der Sache derart auseinander, dass zuerst das Eigentum übertragen und erst später die Sache übergeben wird (resp. die Sache wird überhaupt nicht dem neuen Eigentümer übergeben), so kann es

---

[7*]) D. h. aus einem Grunde, den weder der Verkäufer noch der Käufer zu vertreten hat. Hierbei ist, falls der Verkäufer mit der Beseitigung des Rechts des Dritten im Verzuge ist, die Vorschrift des § 287 BGB zu beachten, wonach der Verkäufer in solch einem Falle auch für eine durch Zufall eintretende Unmöglichkeit haftet, es sei denn, dass die Unmöglichkeit der Beseitigung auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde.

[7**]) Vgl. Stein, S. 14, Anm. 55.

sich nur um Fälle von constitutum possessorium (§ 930 BGB.) oder Vindicationszession (§ 931 BGB.) handeln. Denn ausser in diesen Fällen ist zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache nach § 929 BGB. immer Übergabe der Sache erforderlich, es sei denn, dass der Erwerber bereits im Besitze der Sache ist. Wo aber das Eigentum an der Kaufsache durch constitutum possessorium oder durch Vindicationszession auf den Käufer übertragen wird, handelt es sich um Fälle, wo durch Vereinbarung der Parteien der Verkäufer zur Übergabe der Sache gar nicht verpflichtet ist, d. h. der Kaufvertrag wird in diesen Fällen durch die erfolgte Vindicationszession resp. durch Übertragung des Eigentums an der Kaufsache durch constitutum possesorium bereits erfüllt [8]). Dabei tritt in den Fällen von constitutum posses-

---

[8]) Wobei es gleichgültig ist, ob der Verkäufer von vorne herein vertragsmässig zur Übergabe nicht verpflichtet ist, oder ob er anfänglich zwar nach dem Kaufvertrage zur Übergabe verpflichtet ist, statt der Erfüllung dieser Verpflichtung aber mit dem Käufer sich dahin einigt, dass Übertragung des Eigentums an der Kaufsache durch Besitzkonstitut resp. durch Vindikationszession zur Erfüllung genügen soll. In den Fällen, wo der Verkäufer bezüglich der Kaufsache seinen Herausgabeanspruch an den Käufer abtritt, ist allerdings immer zu prüfen, ob nach der Vereinbarung der Parteien die Abtretung des Herausgabeanspruchs tatsächlich an die Stelle der Sachübergabe treten soll, oder ob nicht der Verkäufer trotz Abtretung des Herausgabeanspruchs zur Übergabe der Sache verpflichtet bleibt. In den letzteren Fällen bedeutet natürlich die Abtretung des Herausgabeanspruchs noch keine endgültige Erfüllung des Kaufvertrags durch den Verkäufer. In diesen Fällen wird aber auch meistens keine Übertragung des Eigentums mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs verbunden sein; vielmehr wird es sich in diesen Fällen meistens darum handeln, dass die Abtretung des Herausgabeanspruchs ein Auftragsverhältnis zwischen den Parteien begründet, und das Eigentum an der Kaufsache erst dann übergehen soll, wenn der Käufer die Kaufsache vom Dritten tatsächlich ausgeliefert erhält. In den Fällen aber, wo der Verkäufer zur Übergabe der Sache trotz Abtretung des Herausgabeanspruches verpflichtet bleiben soll, und dabei gleichzeitig mit der Abtretung des Herausgabeanspruches doch das Eigentum laut Vereinbarung der Parteien auf den Käufer übertragen wird (Fälle die wohl nur selten vorkommen werden), wird es in jedem Einzelfall nach der Lage des Falles und den mutmasslichen Willen der Parteien zu entscheiden sein, ob die Gefahr einer Rechtsverschlechterung schon mit der Übertragung des Herausgabeanspruchs oder erst dann auf den Käufer übergehen soll, wenn er die Sache von Dritten ausgeliefert erhält. Die Gefahr des körperlichen Unterganges oder der körperlichen Verschlechterung trägt aber in diesen Fällen nach § 446, Abs. 1 im Zweifel der Verkäufer bis zur Übergabe der Sache an den Käufer. Ausserdem wird in diesen Fällen, wo es

sorium an die Stelle des Kaufvertrags ein neues Rechtsverhältnis zwischen den Vertragsparteien,vermöge dessen der Käufer den mittelbaren Besitz an der Kaufsache erlangt. Da in diesen Fällen laut Kaufvertrag eine Übergabe der Sache gar nicht stattfindet, so kann der § 446, Abs. 1 auf diese Fälle gar keine Anwendung finden, sondern hier muss (falls nicht eine abweichende Parteivereinbarung vorliegt) die allgemeine Regel des § 323 BGB. Platz greifen, laut welcher die Gefahr mit der Erfüllung, d. h. mit der Übertragung des Eigentums an der Kaufsache durch Vindicationszession oder durch constitutum possessorium auf den Käufer übergeht; und zwar gilt das sowohl in Bezug auf eine Rechtsverschlechterung als auch auf eine körperliche Verschlechterung, resp. Untergang der Kaufsache. Dabei ist aber zu beachten, dass in den Fällen, wo der Kaufvertrag seitens des Verkäufers dadurch erfüllt wird, dass er das Eigentum an der Kaufsache durch Besitzkonstitut auf den Käufer überträgt, unter Umständen (so z. B. nach § 588, I BGB. wenn der Verkäufer eines Grundstücks samt Inventar dasselbe nach den Vorschriften des § 587 in Pacht behält), auch nach Vollzug der Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium die Gefahr des körperlichen Unterganges resp. der körperlichen Verschlechterung der Kaufsache der Verkäufer zu tragen hat. Doch dann nicht mehr auf Grund des Kaufvertrages, sondern auf Grund des neuen zwischen ihm und dem Käufer entstandenen Rechtsverhältnisses, das dem constitutum possessorium zugrunde liegt (in den Fällen des § 588, I. BGB. also auf Grund des zwischen den Parteien vereinbarten Pachtvertrages).

b) Erfolgt aber die Übergabe der Kaufsache zuerst und wird das Eigentum erst später übertragen, dann genügt schon die Übergabe der Sache ohne Übertragung des Eigentums zum Übergang der Gefahr hinsichtlich einer körperlichen Verschlechterung, resp. des körperlichen Unterganges der Kaufsache (§ 446,

---

sich um Übertragung eines Herausgabeanspruches handelt, und der Verkäufer durch diese Übertragung von der Gefahrtragung befreit wird, immer noch zu beachten sein, in wieweit nicht etwa der im unmittelbaren Besitze des Gegenstandes des Herausgabeanspruches befindliche Dritte nach dem zwischen ihm und dem Verkäufer (resp. später ihm und dem Käufer) bestehende obligatorische Rechtsverhältnisse die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung des Gegenstandes des Herausgabeanspruches zu tragen hat.

Abs. 1) [9]). Dies ist in der Literatur nicht unbestritten, indem eine Reihe von Autoren den § 446, Abs. 1 so auslegen, als ob hier unter Übergabe eine solche, die mit Eigentumsübertragung verbunden ist, zu verstehen sei [10]). Dem kann aber nicht zugestimmt werden. Denn, dass im § 446, Abs. 1 unter „Übergabe" nur die körperliche Übergabe (unabhängig davon, ob mit ihr Übertragung des Eigentums verbunden ist) zu verstehen ist, folgt schon aus der Fassung des Gesetzestextes. Wollte der Gesetzgeber den Gefahrübergang beim Kauf beweglicher Sachen nur an eine die Übertragung des Eigentums bewirkende Übergabe knüpfen, dann hätte er das im Wortlaut des Textes zum Ausdruck bringen müssen. Gegen die Auffassung, dass der § 446, I. nur von einer Übergabe handelt, die mit Eigentumsübertragung verbunden ist, spricht auch die Tatsache, dass, wenn diese Auffassung richtig wäre, das Wort „Übergabe" im Absatz 2 des § 446 eine andere Bedeutung hätte als im Absatz 1, was doch kaum anzunehmen wäre. Schliesslich spricht aber auch die ratio legis dafür, dass unter „Übergabe" im Sinne des § 446, Abs. 1 nur die körperliche Übergabe zu verstehen ist; denn durch die Übergabe im Sinne von Übergang des Besitzes „ist die Sache der Einwirkung des Verkäufers mehr oder weniger entzogen und der Einwirkung des Käufers unterstellt, der sie vor Untergang und Verschlechterung bewahren mag [11]). Ist somit nach § 446, I beim Kauf von beweglichen Sachen und von Rechten, die zum Besitze der Sache berechtigen [12]), der Übergang der Gefahr an die körperliche Übergabe geknüpft, unabhängig davon, ob mit der Übergabe auch das Eigentum übertragen wird, so ist doch zu beachten, dass es sich hierbei nur um einen teilweisen Übergang der Gefahr, nämlich nur in Bezug auf den körperlichen Untergang oder die körperliche Verschlechterung der Kaufsache handelt [13]). In Be-

[9]) Vgl. hierzu auch weiten unten.

[10]) Vgl. zu dieser Frage: Wie hier: Planck § 446 2ba, dagegen Oertmann § 446 1a und 1c, bei beiden auch Angabe weiterer Literatur zu dieser Frage.

[11]) Conf. Planck, Bemerkung, 2ba zu § 446.

[12]) § 451 BGB überträgt die Vorschrift des § 446, Abs. 1 auf den Kauf von Rechten, die zum Besitze der Sache berechtigen.

[13]) Vgl. o. S. 13 ff. So auch Planck § 446 2a, Staudinger § 446, 1, 2b. Daselbst Angabe weiterer Literatur zu dieser Frage. Denn die Vorschrift des § 446, 1 bezieht sich nur auf den körperlichen Untergang resp. die körperliche Verschlechterung der Kaufsache. Dies folgt zunächst schon

zug auf die Rechtsverschaffung (d. h. beim Sachkauf die Verschaffung des Eigentums, beim Kauf von Rechten, die zum Besitze der Sache berechtigen, die Verschaffung des betreffenden Teilrechts) bleibt es daher trotz der Vorschrift des § 446, Abs. 1 auch beim Kauf beweglicher Sachen bei der allgemeinen Regel des § 323 (die nach § 440, Abs. 1 in Verbindung mit den §§ 433, 434 auch auf die Verpflichtung des Verkäufers zur Übertragung des Eigentums, resp. des verkauften Teilrechts Anwendung findet); d. h. der Verkäufer trägt die Gefahr, dass die Übertragung des Eigentums resp. des in Frage kommenden Teilrechts teilweise [14]) oder ganz unmöglich wird (infolge eines Umstandes, den keiner der Parteien zu vertreten hat, z. B. durch die Enteignung der betreffenden Sache) bis zu dem Moment der Erfüllung, d. h. bis zu dem Zeitpunkt, wo das Eigentum (resp. das Teilrecht, das zum Besitze der Sache berechtigt) auf den Käufer übertragen wird [15]). In diesen Fällen wird man aber die Vorschrift des § 440, Abs. 2 analog anzuwenden haben, wenn auch dieser Paragraph nur von Fällen handelt, wo eine Schadenersatzpflicht des Verkäufers in Betracht kommt, also sich direkt nicht auf die Fälle von zufälliger Unmöglichkeit des § 323, um die es sich bei der Gefahrtragung handelt, bezieht [16]). Aber wie in den Fällen des § 440, Abs. 2 wird auch in den Fällen, wo nach erfolgter Übergabe der Sache die noch nicht erfolgte Übertragung des Eigentums dem Verkäufer aus einem Grunde ganz oder teilweise [17])

---

aus dem Wortlaut des Gesetzestextes, in erster Linie aber auch aus der *ratio legis*. Denn wenn auch, wie o. ausgeführt es durchaus der Billigkeit entspricht, dass die Gefahr eines körperlichen Unterganges resp. einer körperlichen Verschlechterung mit der Übergabe der Kaufsache auf den Käufer übergeht, so ist doch gar kein Grund vorhanden, auch die Gefahr einer Rechtsverschlechterung auf den Käufer übergehen zu lassen, bevor nicht das Recht auf ihn übertragen ist. Denn bis dahin hat der Verkäufer die rechtliche Verfügungsmöglichkeit, soll er dafür auch die Gefahr rechtlicher Einbusse tragen. Vgl. hierzu auch Stern, Gefahrtragung beim Kaufe. S. 14.

[14]) Teilweise unmöglich heisst in diesen Fällen soviel wie mit Rechten Dritter belastet.

[15]) In den weiteren Ausführungen wird nur vom Eigentum gesprochen werden; in den Fällen, wo es sich um Kauf eines Rechts, das zum Besitze der Sache berechtigt, handelt tritt natürlich dieses Teilrecht an die Stelle des Eigentums.

[16]) Vgl. Planck, § 440, Anm. 5c.

[17]) Teilweise unmöglich werden der Eigentumsübertragung bedeutet, dass nur ein mit Rechten Dritter belastetes Eigentum übertragen werden kann.

unmöglich wird, den keine der Parteien zu vertreten hat, dem Käufer das ihm nach § 323 zustehende Recht auf Befreiung von der Zahlung des Kaufpreises resp. auf Minderung desselben nur dann zuzubilligen sein, wenn er die Sache dem Verkäufer zurückgewährt oder einem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat. Denn auch in diesen Fällen muss, wie in den Fällen des § 440, Abs. 2, verhütet werden, dass der Käufer eine Entschädigung wegen des Rechtmangels (hier also die Befreiung von der Zahlung des Kaufpreises) erhält und gleichzeitig im Genusse der Sache bleibt [18]). Wer von den Parteien hat aber die Gefahr einer Rechtsverschlechterung zu tragen, wenn die Sache nach Übergabe an den Käufer durch Zufall zu Grunde geht, bevor das Eigentum auf den Käufer übertragen ist? In den Fällen, wo nur der körperliche Untergang der Sache der Grund ist, dass die Übertragung des Eigentums unmöglich wird, trägt die Gefahr nach § 446, Abs. 1 jedenfalls der Käufer, denn ihm fallen alle Folgen des körperlichen Untergangs der Sache zur Last, also auch die durch diesen Untergang bedingte Unmöglichkeit der Eigentumsübertragung. Der Käufer muss also in diesen Fällen trotz des Unterganges der Sache den Kaufpreis bezahlen. Sehr schwierig gestaltet sich aber die Frage der Gefahrtragung, wenn die dem Käufer übergebene Sache vor Übertragung des Eigentums durch Zufall untergeht, dem Verkäufer aber die Übertragung des Eigentums auf einem andern selbständigen Grunde (den keiner der Parteien zu vertreten hat) ganz oder teilweise unmöglich geworden ist. Hier liegen die Dinge doch so, dass nach § 446, I den körperlichen Untergang der Sache der Käufer, die Unmöglichkeit der Rechtsübertragung nach § 323 der Verkäufer zu tragen hat. Dementsprechend wird in diesen Fällen eine Teilung der Gefahrtragung anzunehmen sein, und der Verkäufer nur denjenigen Schaden (nach § 323) zu tragen haben (d. h. auf einen entsprechenden Teil des Kaufpreises verzichten müssen), der durch den Rechtsmangel verursacht ist. Dagegen muss auch in diesen Fällen nach § 446, I der Käufer den Teil des Schadens tragen, der unabhängig vom Rechtsmangel nur durch den körperlichen Untergang der Sache verursacht ist [19]). In Wirklichkeit werden aller-

[18]) Vgl. D. 60.

[19]) Eine entsprechende Regelung finden wir auch für die dort behandelten Fälle verschuldeter Unmöglichkeit im § 440, 11; vgl. Planck zu § 440, Anm. 4eg; Staudinger zu § 440, II, 1c.

dings derartig gelagerte Fälle sehr selten vorkommen, diese Konstruktion daher mehr oder weniger nur eine akademische Bedeutung haben.

Haben wir bisher die Fälle betrachtet, wo bei einem Kauf beweglicher Sachen die Übergabe der Sache und die Übertragung des Eigentums in zwei Akte auseinanderfallen, so müssen wir jetzt untersuchen, wie es sich mit der Gefahrtragung in den Normalfällen verhält, wo das Eigentum gleichzeitig mit der Übergabe der Sache übertragen wird. In diesen Fällen löst sich die Frage sehr einfach, nämlich die ganze Gefahr geht mit dem Akte der Übergabe auf den Käufer über; und zwar die Gefahr des körperlichen Untergangs, resp. einer körperlichen Verschlechterung nach § 446, Abs. 1, die Gefahr der Rechtsverschlechterung, resp. des Rechtsunterganges nach § 323 in Verbindung mit den §§ 433, 434, 440, Abs. 1.

Zum Schluss dieser Untersuchung über die Gefahrtragung bleiben uns jetzt noch diejenigen Fälle zu betrachten, wo das Eigentum an der Kaufsache durch brevi manu traditio (§ 929, Satz 2 BGB.) auf den Käufer übertragen wird. Wesentlich ist diesen Fällen die Tatsache, dass die Übergabe der Sache nicht zu erfolgen braucht, weil der Erwerber bereits im Besitze der Sache ist. Hier müssen wir 2 Fälle unterscheiden:

a) Erster Fall: Der Käufer, der noch nicht Eigentümer der Kaufsache geworden ist, hat den Besitz der Sache durch Übergabe (ohne Eigentumsübertragung) seitens des Verkäufers erlangt, wobei die Übergabe bereits auf Grund des Kaufvertrags erfolgt ist. Hier haben wir es mit denjenigen bereits oben behandelten Fällen zu tun [20]), für die gerade in erster Linie der § 446, I von Bedeutung ist, die Fälle, wo Übergabe und Eigentums- (resp. Teilrechts-)übertragung auseinanderfallen und zwar in der Weise, dass die Übergabe der Sache (wie wir oben gesehen haben, vgl. S. 16) zeitlich früher erfolgt als die Übertragung des Eigentums. Die Gefahr des körperlichen Untergangs resp. einer körperlichen Verschlechterung geht hier nach § 446 mit der Übergabe auf den Käufer über; die Gefahr einer Rechtsverschlechterung resp. Rechtsunterganges erst mit der Übertragung des Eigentums.

b) Zweiter Fall: Der Käufer ist schon vor Abschluss des

---

[20]) S. 16.

Kaufvertrags im Besitz der Sache; eine Übergabe auf Grund des Kaufvertrages, an welche nach § 446 der Gefahrübergang geknüpft ist, kommt also gar nicht mehr in Frage. Es fragt sich also, wann in diesen Fällen die Gefahr des zufälligen körperlichen Unterganges oder einer zufälligen körperlichen Verschlechterung auf den Käufer übergeht. Etwa nach § 323 erst dann, wenn der Verkäufer seinerseits erfüllt hat, d. h. mit der Übertragung des Eigentums auf den Käufer, oder aber schon in einem früheren Zeitpunkt? Und hier ist zu sagen, dass auf diese Fälle der § 446, I analog anzuwenden ist, was bedeutet, dass die Gefahr wegen körperlichen Unterganges oder körperlicher Verschlechterung der Kaufsache mit dem Moment des Abschlusses des Kaufvertrages auf den Käufer übergeht [21]), denn da der Käufer z. Zt. des Kaufabschlusses bereits im Besitze der Sache ist, ist zu diesem Zeitpunkt in diesen Fällen die Interessenlage der Kontrahenten genau ebenso, wie in denjenigen Fällen des § 446, Abs. 1, wo die Übergabe noch nicht die Übertragung des Eigentums bewirkt, die Gefahr des körperlichen Unterganges resp. einer körperlichen Verschlechterung aber mit der Übergabe auf den Käufer übergeht. Naturgemäss trägt auch in diesen Fällen (wie in den Fällen des § 446, I, wo mit der Übergabe der Sache das Eigentum noch nicht übertragen wird) der Verkäufer die Gefahr der zufälligen Rechtsverschlechterung resp. des zufälligen Rechtsunterganges weiterhin bis zur Übertragung des Eigentums.

Fassen wir das über den Übergang der Gefahr beim Kauf beweglicher Sachen Gesagte noch einmal kurz zusammen, so ergibt sich folgendes Bild: in den Normalfällen, wo Übergabe der Sache und Übertragung des Eigentums in dem einen Akt der Übergabe zusammenfallen, wo also der Verkäufer mit diesem einen Akt der Übergabe seine beiden Verpflichtungen (nämlich die zur Übergabe der Sache und diejenige zur Übertragung des Eigentums) erfüllt, geht die Gefahr sowohl des körperlichen Untergangs, resp. einer körperlichen Verschlechterung, wie auch die Gefahr einer Rechtsverschlechterung mit diesem Akte der Übergabe der Sache auf den Käufer über. Fallen aber Übergabe der

---

[21]) Dabei ist zu beachten, dass unter Umständen der Käufer schon vor Abschluss des Kaufvertrags die Gefahr einer zufälligen Verschlechterung resp. des zufälligen Unterganges der Sache trägt; nämlich auf Grund des Rechtsverhältnisses, das ihn zum Besitze der Sache schon vor Abschluss des Kaufvertrags berechtigt.

Sache und Übertragung des Eigentums in zwei Akte zeitlich auseinander, so geht, falls die Übergabe zuerst erfolgt, mit dieser die Gefahr des körperlichen Unterganges resp. einer körperlichen Verschlechterung auf den Käufer über, während die Gefahr einer Rechtsverschlechterung bis zur Übertragung des Eigentums der Verkäufer zu tragen hat. Erfolgt dagegen die Übertragung des Eigentums ohne vorherige oder gleichzeitige Übergabe der Sache, dann ist, wie wir sahen, in der Regel der Verkäufer aus dem Kaufvertrage zur Übergabe der Sache gar nicht verpflichtet; er trägt die Gefahr aus dem Kaufvertrage also nur bis zur Übertragung der Eigentums. Betrachten wir uns nun dieses Ergebnis genauer, dann sehen wir, dass trotz des § 446, Abs. 1 für den Verkauf von beweglichen Sachen eigentlich in Bezug auf die Gefahrtragung gar keine Abweichung von der allgemeinen Regel des § 323 vorliegt, wenn man die beiden Verpflichtungen des Verkäufers zur Übergabe der Sache und zur Übertragung des Eigentums (resp. des verkauften Teilrechts das zum Besitze der Sache berechtigt) als zwei Verpflichtungen betrachtet, die selbständig nebeneinander bestehen. Denn nach § 323 trägt der Verkäufer die Gefahr bis zur Erfüllung; so ist es aber auch, wie wir gesehen haben, trotz des § 446, Abs. 1 beim Kauf beweglicher Sachen, wenn man die beiden Verpflichtungen als selbständig nebeneinander bestehend und daher auch selbständig erfüllbar betrachtet. Denn Verkäufer trägt beim Kauf beweglicher Sachen die Gefahr einer Rechtsverschlechterung resp. des Rechtsunterganges, wie wir sahen, immer bis zur Übertragung des Eigentums, also bis zur Erfüllung der entsprechenden Verpflichtung, und die Gefahr des körperlichen Untergangs resp. einer körperlichen Verschlechterung der Kaufsache immer bis zur Übergabe der Sache, also auch wieder bis zur Erfüllung der betreffenden Verpflichtung. Eine tatsächliche Ausnahme von der Regel des § 323 bildet allerdings die Vorschrift des § 446, Abs. 2 für den Kauf von Grundstücken. Da aber der Grundstückskauf beim Kauf von G. m. b. H. Geschäftsanteilen keine Rolle spielt, so können wir ihn hier beiseite lassen, da eine Behandlung dieser Frage uns zu sehr vom Thema abführen würde [22]).

Betrachten wir also die beiden Hauptverpflichtungen des Ver-

---

[22]) Ebenso können wir an dieser Stelle die Spezialvorschriften des § 447 für Versendungskäufe unerörtert lassen.

käufers einer beweglichen Sache, resp. eines Rechts, das zum Besitze der Sache berechtigt (nämlich die Übergabe der verkauften Sache und die Verschaffung des Eigentums resp. Teilrechts), als zwei nebeneinander bestehende Pflichten, dann sehen wir auch sofort, warum die Frage des Gefahrüberganges bei Rechtskäufen (mit Ausnahme der Verkäufe von Rechten, die zum Besitze der Sache berechtigen) anders geregelt ist, wie bei den Sachkäufen.

Bei den Rechtskäufen hat eben der Verkäufer nur eine Verpflichtung, nämlich diejenige der Rechtsübertragung, und an die Erfüllung dieser Pflicht ist dann auch naturgemäss der Gefahrübergang geknüpft. Beim Sachkauf dagegen hat in den Fällen, wo die beiden Verpflichtungen des Verkäufers nicht gleichzeitig erfüllt werden, der Gefahrübergang hinsichtlich Sachverschlechterung und Rechtsverschlechterung auch zu verschiedenen Zeitpunkten zu erfolgen. Das Grundprinzip ist aber sowohl beim Sachkauf wie beim Rechtskauf ein und dasselbe; nämlich dasjenige, was nach § 323 allgemein für alle gegenseitigen Verträge gilt; Verkäufer trägt die Gefahr für zufällige Unmöglichkeit der Leistung bis zur Erfüllung.

§ 6. Die Mängelhaftung des Verkäufers.

Ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen Rechtskauf und Sachkauf betrifft die Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Mängel des Kaufgegenstandes. Was zunächst den S a c h k a u f betrifft, so lässt hier das Gesetz den Verkäufer sowohl nach der tatsächlichen als auch nach der rechtlichen Seite hin für Mängel der verkauften Sache haften. Und zwar haftet der Verkäufer für tatsächliche Mängel der verkauften Sache (in der Literatur häufig schlechthin „Sachmängel" genannt) nach Massgabe der §§ 459 ff. BGB. und für Mängel im Recht nach Massgabe der § 434 ff. Näher auf die Lehre von der Mängelhaftung beim Sachkauf einzugehen, ist hier nicht der Ort. Beim R e c h t s k a u f haftet der Verkäufer für Mängel im Recht auch nach Massgabe der §§ 434 ff. Wie steht es aber bei Rechtskäufen in Bezug auf Mängel des Gegenstandes, auf den sich das verkaufte Recht bezieht? Zwar ist, wie beim Sachkauf die Sache, auch beim Rechtskauf (wie wir oben S. 10 gesehen haben) gerade der Gegenstand, auf den sich das verkaufte Recht bezieht, das wichtigere Element des Kaufes, um dessentwillen das Recht vom Käufer

überhaupt gekauft wird. Aber das Gesetz spricht nirgends davon, dass der Verkäufer auch beim Rechtskauf für einen Mangel des Gegenstandes, auf den sich das verkaufte Recht bezieht, haften soll. Nur der § 438 beschäftigt sich in Bezug auf den Forderungskauf mit dieser Frage, doch statuiert auch er keine Haftpflicht des Verkäufers, sondern gibt nur eine Auslegungsvorschrift für den Fall, das laut Vertrag der Verkäufer eine Haftung für die Bonität der Forderung übernommen hat. Wie steht es also mit dieser Frage der Haftpflicht des Verkäufers eines Rechts für Mängel des Gegenstandes, auf den das verkaufte Recht sich bezieht, d. h. mit anderen Worten für die Bonität des verkauften Rechts? In Bezug auf den Kauf von Rechten, die zum Besitze der Sache berechtigen, ist zu sagen, dass in diesen Fällen auch eine Veräusserung von Sachen vorliegt, bei der aber nicht das volle Eigentum auf den Käufer übertragen wird, sondern nur ein Teilrecht [23]). Daher sind die Interessen der Parteien in diesen Fällen, wo ein Recht, das zum Besitz der Sache berechtigt, verkauft ist, und bei den richtigen Sachkäufen sehr gleichartig gelagert, und aus diesem Grunde ist die analoge Anwendung der § 459 ff. BGB. auf solche Rechtskäufe geboten [24]), obgleich das Gesetz im § 459ff. nur von Sachkäufen spricht.

Für eine analoge Anwendung der § 459 ff. auf solche Rechtskäufe, wo das verkaufte Recht zum Besitze der Sachen berechtigt, spricht auch der Umstand, dass das Gesetz selbst in den §§ 441 und 451 solche Rechtskäufe in mehrfacher Beziehung den Sachkäufen gleichstellt. In allen übrigen Fällen von Rechtskäufen werden die §§ 459 ff. aber in der Regel nicht analog angewendet werden können. Denn schon der Hinweis auf die Tatsache, dass, anders wie bei Sachkäufen, der Verkäufer eines Rechts, das nicht zum Besitze der Sache berechtigt, zu einer Prüfung der Bonität des verkauften Rechts häufig gar nicht ohne weiteres in der Lage ist, genügt, um zu zeigen, dass die Interessen der Parteien in diesen Fällen so anders gelagert sind, als in den Fällen, auf welche die §§ 459 ff. BGB. abstellen, dass eine analoge Anwendung der § 459 ff. auf Rechtskäufe, wo das verkaufte Recht nicht zum Besitze der Sache berechtigt, in den meisten Fällen ausgeschlossen

---

[23]) Vgl. Megerlin, S. 29.

[24]) So auch Düringer-Hachenburg, Bd. 3, S. 152, Anm. 177; Kom. d. R. G. R. § 459, Anm. 1; Planck zu § 459, Anm. 1a; Staudinger zu § 459, Erl. II, 5.

erscheinen wird. Somit wird bei Rechtskäufen mit Ausnahme der Fälle, wo das verkaufte Recht zum Besitze der Sache berechtigt, immer im Einzelfalle nach § 157, 242 geprüft werden müssen, was die Parteien vereinbart haben, resp. was nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte anzunehmen ist, und nach dem Resultat ist zu entscheiden, ob im betreffenden Falle eine Haftpflicht des Verkäufers für die Bonität des verkauften Rechts anzunehmen ist oder nicht. Ausser bei vertraglicher Vereinbarung zwischen den Parteien kann eine solche Haftpflicht des Verkäufers für die Bonität des verkauften Rechts nach § 242 insbesondere in den Fällen gegeben sein, die seit Staubs diesbezüglichen Ausführungen in der Literatur vielfach als die Fälle von „positiver Vertragsverletzung" bezeichnet werden. Wie Planck m. E. nach richtig ausführt, handelt es sich in diesen Fällen von sog. „positiven Vertragsverletzungen" nicht um eine dritte Art von Vertragsverletzungen neben endgültiger Unmöglichkeit und Verzug, sondern um Fälle, wo der Verkäufer nicht Hauptverpflichtungen sondern Nebenverpflichtungen zeitweilig (Verzug) oder endgültig nicht erfüllt und dadurch den Gläubiger schädigt. Als solche Nebenverpflichtungen, welche vom Käufer verletzt werden können, kommen in Betracht: Anzeigepflicht, Erhaltungspflicht, Sorgfaltspflicht u. s. w. Nehmen wir als Beispiel folgenden Fall: Der Verkäufer eines Rechts haftet aus dem Kaufvertrage an und für sich nicht für die Bonität des verkauften Rechts. Er verstösst aber in der Zeit zwischen Abschluss und Erfüllung des Kaufvertrages gegen eine ihm nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte obliegende Sorgfaltspflicht, wodurch der Wert des Gegenstandes, auf den sich das verkaufte Recht bezieht, mit a. W. die Bonität des verkauften Rechts verringert wird. Jetzt haftet der Verkäufer dem Käufer für diese Wertminderung nach § 242 und zwar eben wegen dieser Verletzung seiner Sorgfaltspflicht, obgleich er, wie schon gesagt, an und für sich aus dem Vertrage für die Bonität des verkauften Rechts nicht einzustehen hat. Der Verkäufer kann übrigens eine solche Nebenverpflichtung (z. B. eine ihm nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte obliegende Anzeigepflicht) nicht nur erst nach Abschluss des Vertrages, sondern auch beim Abschluss des Vertrages verletzen und auch dadurch u. U. nach § 242 schadensersatzpflichtig werden (culpa in contrahendo) [25]). Ist nun eine Haftpflicht des Verkäufers eines Rechts, dass nicht zum Besitze

der Sache berechtigt, für die Bonität des verkauften Rechts entsprechend den obigen Ausführungen nach §§ 157, 242 gegeben, dann kommen die Vorschriften des allgemeinen Teiles des Rechts der Schuldverhältnisse über Schuldnerhaftung zur Anwendung, insbesondere die §§ 320 ff., während, wie wir oben sahen, die §§ 459 ff. in diesen Fällen in der Regel nicht analog angewendet werden können [26]). Hierbei ist nun darauf zu achten, dass nach diesen Vorschriften des allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse anfängliche und nachfolgende Unmöglichkeit, resp. Unvermögen verschieden behandelt werden, und desgleichen eine weitere Unterscheidung danach stattfindet, ob die Unmöglichkeit durch ein vorsätzliches resp. fahrlässiges Verhalten des Schuldners eingetreten ist, oder durch einen Umstand, den keiner der Parteien (Gefahrtragung) resp. der Gläubiger zu vertreten hat. Anders in den Fällen, wo die §§ 459 ff. zur Anwendung gelangen; hier besteht eine derartige Unterscheidung nicht, sondern alle Fälle, wo zur Zeit des Gefahrüberganges die Kaufsache mit einem Mangel behaftet ist, den der Verkäufer nach den §§ 459, 460 zu vertreten hat, werden nach § 462 gleich behandelt, unabhängig davon, ob der vom Verkäufer zu vertretende Mangel der Kaufsache schon bei Abschluss des Kaufvertrages vorhanden war,

---

[25]) Hier kann näher auf die Lehren von den „positiven Vertragsverletzungen" und der „culpa in contrahendo" nicht eingegangen werden, weil das zu weit vom eigentlichen Thema der vorliegenden Schrift abführen würde. Es sei daher auf die betr. Spezialliteratur verwiesen, die in allen grösseren Kommentaren zum BGB zitiert ist.

[26]) Hier möchte ich erwähnen, dass m. E. diejenige Ansicht Recht hat, die lehrt, dass nicht zu beseitigender Sachmangel (bei Spezieskauf, wenn der Verkäufer zur Nachbesserung nicht verpflichtet ist, sogar jeder Sachmangel) wenn der Verkäufer nach dem Vertrage eine mangelfreie Sache zu liefern hat, als teilweise Unmöglichkeit der Leistung zu betrachten ist. Wobei allerdings, da es sich hier nicht um Teile einer Summe handelt, darauf zu achten ist, ob der mögliche Teil der Leistung, nämlich die Leistung der mangelhaften Sache, für den Käufer überhaupt noch einen Wert hat, oder ob durch den Mangel der Sache der Vertragszweck völlig vereitelt ist und daher nicht teilweise, sondern völlige Leistungsunmöglichkeit anzunehmen ist. In den Fällen, wo das Gewährleistungsrecht der §§ 459 ff. eingreift, hat diese Lehre allerdings keinerlei Bedeutung, da die Vorschriften des allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse über Unmöglichkeit der Leistung in diesen Fällen durch die Spezialvorschriften der § 459 ff. ausgeschaltet werden. Im übrigen vgl. über diese Streitfrage die betreffende Spezialliteratur.

oder später entstanden ist und ebenso unabhängig davon, ob der Mangel durch Zufall, d. h. durch einen Umstand, den keiner der Parteien zu vertreten hat, oder durch Verschulden (vorsätzliches oder fahrlässiges) des Verkäufers entstanden ist. Nur in den Fällen des § 463 ist noch eine verschärfte Haftpflicht des Verkäufers statuiert; auch kann es vorkommen, dass in einzelnen Fällen neben der Mängelhaftung des Verkäufers nach den §§ 459 ff. noch eine besondere Schadenersatzpflicht des Verkäufers wegen sog. „positiver Vertragsverletzung" (vgl. hierüber oben S. 25) nach den Vorschriften des allgemeinen Teiles des Rechts der Schuldverhältnisse gegeben ist[27]). Haben wir oben davon gesprochen, dass beim Kauf von Rechten, die zum Besitze des Gegenstandes, auf den das Recht sich bezieht, n i c h t berechtigen, in der Regel die §§ 459 ff. keine analoge Anwendung finden können, so kann es immerhin auch hier Einzelfälle geben, wo trotzdem, dass das verkaufte Recht zum Besitze des Gegenstandes dieses Rechts nicht berechtigt, die Interessenlage der Parteien doch eine solche ist, dass ausnahmsweise die analoge Anwendung der §§ 459 ff. doch geboten ist. In solchen Fällen wird man aber immer prüfen müssen, ob das ganze für Sachkäufe geltende Gewährleistungsrecht analog anzuwenden ist, oder nur einzelne Bestimmungen desselben; ganz besonders wird dabei zu prüfen sein, ob die kurze Verjährung des § 477 Platz hat, oder ob die allgemeinen Vorschriften über Verjährung der §§ 195 ff. anzuwenden sind. In der Literatur und Judikatur spielt die Frage der analogen Anwendung der § 459 ff. gerade in Bezug auf den Kauf von Gesellschaftsanteilen eine Rolle; wir werden auf diese Frage im speziellen Teil dieser Arbeit noch näher einzugehen haben.

Bevor wir jetzt zum speziellen Teil der Arbeit übergehen, haben wir noch zwei strittige Fragenkomplexe zu behandeln; den Kauf von Wertpapieren und den Kauf von Wertkomplexen, insbesondere von Industrie- und Handelsunternehmungen.

---

[27]) Vgl. hierüber die Spezialliteratur, die in allen grösseren Kommentaren zum BGB zitiert ist.

B. Der Kauf von Wertpapieren.

§ 7. Die Verschaffungspflicht des Verkäufers.

Was zunächst den Kauf von Wertpapieren betrifft, so liegen hier die Dinge insofern etwas kompliziert, als es sich hier gleichzeitig um einen Sach- und um einen Rechtskauf handelt; um einen Sachkauf in Bezug auf das Papier, als körperliche Urkunde, um einen Rechtskauf in Bezug auf das der Urkunde inkorporierte Recht. Dabei ist allerdings zu beachten, dass dieses nicht für jedes „Wert"papier im wirtschaftlichen Sinne zutrifft, sondern, dass hier nur von den Wertpapieren i. e. S. die Rede ist, nämlich solchen Wertpapieren, bei denen das Papier Träger des in ihm verbrieften Rechtes ist, wobei die Verbindung zwischen Recht und Papier eine so innige ist, dass die Geltendmachung des privatrechtlichen Anspruchs gegenüber dem Aussteller des Wertpapieres, sowie seine gültige Übertragung an einen Dritten bedingt ist durch die Innehabung des Papiers [28]). Häufig wird übrigens nur eine dieser beiden Funktionen des Wertpapieres gegeben sein. Beim Kauf eines Wertpapiers im bezeichneten Sinne hat also der Verkäufer, der Doppelnatur als Sach- und Rechtskauf entsprechend, nach § 433 in Bezug auf die Urkunde als Sache dieselbe dem Käufer zu übergeben und das Eigentum an ihr zu verschaffen, ausserdem aber noch gleichfalls nach § 433 dem Käufer auch das der Urkunde inkorporierte Recht zu verschaffen, da der Verkauf dieses Rechtes im Verkauf des Wertpapiers mit enthalten ist. Hierbei ist nun allerdings zu beachten, dass durch Gesetzesvorschrift, das Eigentum an der Urkunde regelmässig mit dem in der Urkunde verbrieften Rechte derart eng verknüpft ist, dass die Übertragung des einen Rechts auch diejenige des andern automatisch zur Folge hat. Ganz allgemein ist das für alle Urkunden, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, im § 952 BGB. festgesetzt. Das Eigentum an der Urkunde folgt nach der Vorschrift dieses Paragraphen dem in der Urkunde verbrieften Recht. Das Eigentum an den Urkunden des § 952 wird also nicht nach sachrechtlichen, sondern nach obligationenrechtlichen Grundsätzen übertragen. Aber auch bei denjenigen Wertpapieren, die eine vom § 952 abweichende Regelung erfahren haben, nämlich den Inhaberpapieren, fallen Übertragung des Rechts am Papier

[28]) Vgl. Megerlin, S. 4.

mit derjenigen des Rechts aus dem Papier immer zusammen. Das gleiche gilt für Orderpapiere, auf die, wie wir sehen werden, der § 952 Anwendung findet. Was die Inhaberpapiere betrifft, so kann man das aus folgenden Überlegungen ersehen. Direkt gesagt ist allerdings im BGB. für die Inhaberpapiere weder, wie das Eigentum am Papier, noch wie das im Papier verbriefte Recht übertragen wird. Aus der Erwähnung der Inhaberpapiere in den §§ 935, 1006 BGB. ist aber zu entnehmen, dass das Eigentum an der Urkunde bei diesen Papieren, abweichend von den Urkunden des § 952 nach sachrechtlichen Grundsätzen und zwar nach den für Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen geltenden Gesetzesvorschriften übertragen wird. Was nun, dass in der Urkunde verbriefte Recht bei Inhaberpapieren betrifft, so sind (da diesbezügliche direkte Vorschriften im BGB. nicht gegeben sind) theoretisch drei Formen der Übertragung konstruierbar:

a) Entweder ist die Übertragung an die Innehabung des Papiers geknüpft oder

b) sie erfolgt nach obligationenrechtlichen oder

c) in Verkoppelung mit dem Eigentum an der Urkunde nach sachrechtlichen Grundsätzen. Für das Recht des BGB. ist jedenfalls letzteres anzunehmen, da die beiden erstgenannten Formen der Übertragung bei Inhaberpapieren nach dem Recht des BGB. nicht in Frage kommen, was sich aus folgenden Überlegungen ergeben wird. Wenn das in der Urkunde verbriefte Recht auch bei Inhaberpapieren nach obligationsrechtlichen Grundsätzen (Zession) übertragen werden müsste, dann hätte die Bestimmung, dass das Eigentum an der Urkunde bei Inhaberpapieren nach sachrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen hat, gar keinen Sinn, und wäre die Transportfunktion der Inhaberpapiere vereitelt. Dass aber das BGB. das in einem Inhaberpapier verbriefte Recht nicht einfach an die Innehabung des Papiers geknüpft hat (so dass jeder Inhaber des Papiers eo ipso rechtmässiger Gläubiger wäre), ist aus dem Wortlaut des § 793 BGB. zu ersehen, wo gesagt ist: „es sei denn, dass er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist". Somit hat also das BGB. vorgesehen, dass es nichtberechtigte Inhaber eines Inhaberpapiers geben kann, hat also das im Papier verbriefte Recht jedenfalls nicht an die Innehabung des Papiers geknüpft. (Dass nach dem letzten Satze des § 793 der Aussteller auch durch Zahlung an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit wird, dient der Zirkulations-

fähigkeit des Inhaberpapieres, bedeutet aber nicht, dass das im Papier verbriefte Recht an die Innehabung des Papieres geknüpft ist. Denn trotzdem, dass der Aussteller an ihn leisten kann, ist der zur Verfügung nicht berechtigte Inhaber nicht rechtmässiger Gläubiger, was darin zum Ausdruck kommt, dass er die Leistung nicht verlangen kann.) Aus dem Gesagten folgt, dass nach dem Recht des BGB. als Regel für Inhaberpapiere gilt, dass, gerade umgekehrt wie bei den Urkunden des § 952, das in der Urkunde verbriefte Recht dem Eigentum an der Urkunde folgt, es also nach sachenrechtlichen Grundsätzen übertragen wird, nämlich durch Übertragung des Eigentumes an der Urkunde. Daraus folgt aber von selbst, dass Übertragung des Eigentums am Papier und die Übertragung des im Papier verbrieften Rechts bei Inhaberpapieren regelmässig zusammenfallen muss [29]). Und auch bei den Orderpapieren fallen Übertragung des Eigentums am Papier und die Übertragung des im Papier verbrieften Rechts regelmässig in einem Akte zusammen. Da weder im HGB. noch in der WO. Sonderbestimmungen für den Erwerb des Eigentums an der Urkunde bei Wechseln und indossablen Orderpapieren gegeben sind, so gilt also auch für Orderpapiere, die durch Indossament übertragen werden können, der § 952 BGB. d. h. das Eigentum an der Urkunde folgt dem in der Urkunde verbrieften Recht, wird also gleichzeitig mit diesem durch das Indossament übertragen; allerdings eben nur dann, wenn durch das Indossament das in der Urkunde verbriefte Recht tatsächlich übertragen wird. Für den nach Art. 36 WO. legitimierten Besitzer eines Orderpapiers (vgl. § 222, 365 HGB.) gibt der Art. 74 WO. noch eine ergänzende Vorschrift. Auf den ersten Blick könnte es scheinen, dass dieser Artikel 74 das Recht (Eigentum) an der Urkunde und das Recht aus der Urkunde in vielen Fällen getrennte Wege gehen heisst. Denn er gibt dem gutgläubigen Erwerber schlechthin ein unentziehbares Besitzrecht an der Urkunde, während Art. 36 den gutgläubigen Erwerber das in der Urkunde verbriefte Recht nicht

---

[29]) Nun wäre es ja theoretisch noch denkbar, dass das Eigentum am Papier und das Recht aus dem Papier ein divergierendes Schicksal haben, wenn das Inhaberpapier mit einem dinglichen Teilrecht belastet wird. Dem ist aber nicht so. Denn nach den diesbezüglichen Vorschriften des BGB, §§ 1081/1083, 1293, trifft ein Pfand- oder Niessbrauchsrecht an einem Inhaberpapier immer gliechzeitig sowohl das Eigentum am Papier als auch das im Papier verbriefte Recht.

erwerben lässt, wenn dem Indossament kein rechtmässiger Begebungsvertrag zu Grunde liegt, mit einem Wort das Indossament nicht echt ist. Nach Art. 36 WO. wäre in einem solchen Falle der in gutem Glauben handelnde Wechselaussteller zur Zahlung an den durch das unechte Indossament legitimierten Besitzer des Wechsels ohne die Echtheit des Indossament prüfen zu müssen zwar berechtigt aber nicht verpflichtet. Er könnte die Echtheit des Indossaments prüfen und dann bei Unechtheit des Indossaments die Zahlung verweigern. D. h. aber, nach Art. 36 WO. erwirbt auch der gutgläubige Erwerber durch ein unechtes Indossament das in der Urkunde verbriefte Recht noch nicht, wohl aber nach Art. 74 WO. ein unentziehbares Besitzrecht an der Urkunde. Dieser Widerspruch zwischen Art. 36 und Art. 74 der WO. ist aber nur ein scheinbarer, der auf einer ungenügend durchdachten Redaktion der WO. beruht. Tatsächlich hätte es doch gar keinen Sinn den gutgläubigen Erwerber ein Besitzrecht an der Urkunde zu geben ohne dass in der Urkunde verbriefte Recht. Deshalb muss der Art. 74 so ausgelegt werden, dass er auch in Bezug auf das Recht aus der Urkunde weiter geht als der Art. 36 und dem gutgläubigen Erwerber der Urkunde, sofern er nach Art. 36 legitimiert ist, eo ipso auch das in der Urkunde verbriefte Recht zuspricht [30]). Durch eine solche Auslegung erledigt sich gleichzeitig auch die Streitfrage, ob der Art. 74 das Eigentum an der Urkunde oder nur ein Besitzrecht an derselben dem nach Art. 36 legitimierten gutgläubigen Erwerber zuspricht. Denn, wenn der Erwerber, wie eben ausgeführt, nach Art. 74 das in der Urkunde verbriefte Recht erwirbt, so erwirbt er mit diesem Recht nach § 952 BGB. eo ipso auch das Eigentum und nicht nur ein Besitzrecht an der Urkunde [31]). Also, auch in den Fällen des Art. 74 WO. fallen das Eigentum an der Urkunde und das in der Urkunde verbriefte Recht immer in der Hand ein und desselben Berechtigten zusammen, mithin geschieht also auch bei Orderpapieren die

---

[30]) Vgl. hierzu RGZ Bd. 112, S. 204.

[31]) Dass der Gedanke des § 952 BGB auch der WO zugrunde liegt, erhält übrigens auch aus der WO selbst, nämlich aus dem Wortlaut der Art. Art. 17 u. 36; Art. 17 setzt nämlich fest, dass durch Procura-Indossament das Eigentum am Wechsel nicht übertragen wird, und der Art. 36 erklärt den legitimierten Wechselinhaber als „Eigentümer des Wechsels legitimiert". Aus diesen beiden Bestimmungen ist deutlich zu ersehen, dass die WO den Wechselgläubiger auch als den Eigentümer der Wechselurkunde ansieht.

Übertragung der beiden Rechte immer durch ein und denselben Akt.

§ 8. Die Mängelhaftung.

Sehr umstritten ist für den Wertpapierkauf die Mängelhaftung des Verkäufers. In Bezug auf die Urkunde liegen in dieser Beziehung allerdings keine Schwierigkeiten vor. Es ist klar, dass in Bezug auf die Urkunde der Verkäufer für Sachmängel nach den diesbezüglichen Vorschriften der §§ 459 ff. BGB. haftet. Z. B. wenn die Urkunde beschmutzt oder zerrissen ist, und dadurch der Wert oder die Tauglichkeit des Wertpapieres gemindert ist, etwa dadurch, dass wegen dieser körperlichen Mängel der Urkunde sich Schwierigkeiten bei der Geltendmachung des in der Urkunde verbrieften Rechts ergeben. Ebenso klar ist es, dass der Verkäufer das freie unbelastete (§ 434 BGB.) Eigentum an der Urkunde dem Käufer verschaffen muss und für Mängel in diesem Recht an der Urkunde (wohl zu unterscheiden von dem in der Urkunde verbrieften Recht) nach den Vorschriften der §§ 434 ff. haftet. Ferner ist klar und unbestritten, dass der Verkäufer für Mängel des in der Urkunde verbrieften Rechtes gleichfalls nach den Vorschriften der §§ 434 ff. haftet. Denn in Bezug auf dieses Recht handelt es sich ja, wie schon oben erwähnt, beim Kauf eines Wertpapieres um einen richtigen Rechtskauf. Schwierig aber und sehr umstritten ist die Frage, ob und wenn ja nach welchen §§ des BGB. der Verkäufer auch für die Bonität des im Wertpapier verbrieften Rechtes haftet, etwa z. B. beim Verkauf einer Aktie für den Wert und die Rentabilität des Aktienunternehmens. Über diese Frage sind die Ansichten in der Literatur und Judikatur sehr geteilt, wobei in der Regel davon ausgegangen wird, dass der Verkäufer eines Wertpapieres „tatsächliche Angaben" über die Bonität des in dem verkauften Wertpapiere incorporierten Rechtes gemacht hat, z. B. Zusagen über vorhandene Anlagen oder über die Rentabilität eines Aktienunternehmens beim Verkauf einer Aktie. Eine Ansicht (z. B. Neukamp) will in solchen Fällen die § 459 ff. direkt anwenden, in dem sie tatsächliche Mängel z. B. eines Aktienunternehmens schlechthin als Mängel des verkauften Wertpapieres, in diesem Falle der Aktie ansehen. Eine andere Ansicht will die § 459 ff. nur analog anwenden; eine dritte Ansicht schliesslich (so Dü-

ringer, Dernburg u. a.) betrachtet tatsächliche Mängel z. B. eines Unternehmens, auf das sich das dem verkauften Wertpapier incorporierte Recht bezieht, als Mängel eben dieses Rechts und will daher nicht die § 459 ff., sondern die 434 ff., insbesondere den § 437 in diesen Fällen anwenden. Eine vierte Ansicht schliesslich (so vor allen Dingen das Reichsgericht) verneint für derartige Fälle überhaupt die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB. über den Kauf und lässt den Verkäufer für derartige tatsächliche Angaben nur haften, wenn entweder seinerseits Arglist vorliegt, oder ein diesbezüglicher Garantievertrag mit dem Käufer abgeschlossen worden ist, oder schliesslich, wenn der Verkäufer ein Bankier ist und er fahrlässig bei der Empfehlung gewesen ist" [32]). Was nun die direkte Anwendbarkeit der Vorschriften der § 459 ff. über Gewährleistung für Sachmängel und der §§ 434 ff. über Gewährleistung für Rechtsmängel betrifft, so ist diese wohl nicht zulässig. Denn es handelt sich hier erstens um keine Rechtsmängel, d. h. um keine Mängel im Bestande des Rechts, weshalb die § 434, insbesondere der § 437, nicht anwendbar sind; weiter kommt aber auch für die vorliegende Frage der Kauf eines Wertpapieres nicht als Sachkauf in Betracht, denn es handelt sich hierbei nicht um Mängel der Urkunde, sondern als Rechtskauf, denn es handelt sich um die Bonität des im Wertpapier verbrieften Rechts. Kommt aber in diesen Fällen der Kauf des Wertpapieres nicht in seiner Eigenschaft als Sachkauf, sondern in der eines Rechtskaufes in Betracht, so können auch die §§ 459 ff. nicht direkt angewendet werden, denn diese Paragraphen beziehen sich nur auf Sachkäufe. Wohl aber scheint mir möglich zu sein, dass u. U. die Interessenlage der Parteien so sehr derjenigen bei Sachkäufen entspricht, dass auch in Bezug auf Mängel in der Bonität des im verkauften Wertpapier verbrieften Rechts (wenn es sich dabei um Sachen oder komplexe Werte, wie z. B. Industrie- resp. Handelsunternehmungen als Ganzes handelt) die § 459 ff. analog angewendet werden können. Mir scheinen aber beim Verkauf von Wertpapieren die Einzelfälle so verschiedenartig gelagert zu sein (schon durch die Verschiedenartigkeit der einzelnen Arten von Wertpapieren), dass eine generelle gleichartige Regelung der Haftung des Verkäufers für die Bonität des im verkauften Wertpapier

---

[32]) Eine klare, übersichtliche und kritisch würdigende Darstellung dieser Ansichten findet sich bei Megerlin.

incorporierten Rechts garnicht möglich ist, und die Notwendigkeit vorliegt, die hier besprochene Frage für die einzelnen Kategorien von Wertpapieren gesondert zu betrachten und je nach der Sonderlage der Fälle zu entscheiden, ob und wie weit eine Haftung des Verkäufers für die Bonität des im verkauften Wertpapier verbrieften Rechts überhaupt anzunehmen ist, und wenn ja, welche positiven Rechtssätze dann zur Anwendung kommen müssen (vgl. hierzu auch die allgemeinen Ausführungen zur Frage der Haftung des Verkäufers für die Bonität des verkauften Rechts auf S. 23 ff.). Zu bemerken ist hier noch, dass nach § 381 HGB. die Vorschriften des HGB. über den Handelskauf auch auf den Kauf von Wertpapieren Anwendung finden. Demnach hat der Käufer von Wertpapieren, wenn der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, die gekauften Wertpapiere unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer „soweit dies nach ordnungsmässigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen." Wenn sich ein solcher Mangel später zeigt, dann hat der Käufer unverzüglich nach der Entdeckung denselben anzuzeigen (§ 377, Abs. 3 HGB.). In erster Linie kommt diese Vorschrift in Bezug auf Sachmängel der Urkunde zur Anwendung. Auf Rechtsmängel bezieht sich diese Vorschrift überhaupt nicht, was sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzestextes ergibt. Denn Mängel im Recht (und zwar, wenn es sich um Kauf eines Wertpapiers handelt, sowohl im Recht am Papier als auch im Recht, das dem Wertpapier incorporiert ist) können nicht im Sinne dieser Vorschrift „untersucht" werden. Der § 377 HGB. ist eben eine Ergänzung zu den Vorschriften des BGB. über das Recht der S a c h mängelhaftung beim Kauf (§§ 459 ff.). In den Fällen aber, wo nach dem oben Ausgeführten, der Verkäufer eines Wertpapiers auch für die Bonität des Papiers haften muss, wird diese Vorschrift allerdings auch in Bezug auf Bonitätsmängel des im Wertpapier verbrieften Rechts sinngemäss anzuwenden sein. In diesen Fällen wird allerdings immer sehr genau zu prüfen sein, ob eine Untersuchung überhaupt tunlich ist; denn häufig wird in Bezug auf die Bonität des im gekauften Wertpapier verbrieften Rechts eine Untersuchung unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer entweder garnicht möglich sein, oder aber nach Lage der Dinge, nach der Verkehrssitte oder der Parteivereinbarung garnicht vom Käufer gefordert werden können.

Dabei wird bei Wertpapieren, die auf Umsatz abgestellt sind, eine Untersuchungspflicht des Käufers in Bezug auf die Bonität des im gekauften Wertpapiere verbrieften Rechts in der Regel nicht anzunehmen sein; desgleichen allerdings auch keine entsprechende Haftpflicht des Verkäufers.

§ 9. Der Übergang der Gefahr.

Was den Übergang der Gefahr beim Kauf von Wertpapieren betrifft, so ist zu unterscheiden zwischen der Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung der Urkunde und der Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung des in der Urkunde verbrieften Rechts. Was die Urkunde betrifft, so finden auf sie die Regeln über den Kauf von beweglichen Sachen Anwendung; die Gefahr des zufälligen körperlichen Unterganges oder einer zufälligen körperlichen Verschlechterung der Urkunde geht also nach § 446 BGB. mit der Übergabe der Urkunde auf den Käufer über. Wobei, wie wir an anderer Stelle gesehen haben, zur Übergabe im Sinne des § 446 BGB. die Übertragung des Eigentums nicht erforderlich ist. Die Gefahr einer zufälligen Verschlechterung resp. des zufälligen Unterganges des Rechts an der Urkunde, geht dagegen, wie wir oben gesehen haben (in Bezug auf die Urkunde handelt es sich um einen Kauf einer beweglichen Sache) erst mit der Übertragung des Eigentums an der Urkunde auf den Käufer über. Was nun aber das in der Urkunde verbriefte Recht betrifft, so trägt hier, da es sich um einen Rechtskauf handelt, wie wir oben gesehen haben, der Verkäufer nach § 323 BGB. die Gefahr bis zur Erfüllung, d. h. bis zur Übertragung des Rechts auf den Käufer. Was zur Erfüllung nötig ist, ist bei den verschiedenen Arten von Wertpapieren sehr verschieden geregelt. In Bezug auf den G. m. b. H.-Geschäftsantei wird diese Frage im speziellen Teile noch behandelt werden. Soweit der Verkäufer auch für die Bonität des in dem Wertpapier incorporierten Recht zu haften hat, erstreckt sich diese Haftung in Bezug auf Fehler, die keine der Parteien zu vertreten hat, nach § 323 BGB. auch nur auf solche, die vor der Erfüllung seitens des Verkäufers, d. h. vor Übertragung des Rechts auf den Käufer, entstehen, während nach der Erfüllung der Käufer die Gefahr einer zufälligen Verschlechterung in der Bonität des verkauften Rechts auch in diesen Fällen

zu tragen hat, wo bis zur Erfüllung der Verkäufer für die Bonität des im verkauften Wertpapier incorporierten Rechts haftet.

C. Der Kauf eines Unternehmens.

§ 10. Allgemeines.

Am Schluss des allgemeinen Teils dieser Abhandlung wollen wir noch einen kurzen Blick auf den Kauf von Handelsgeschäften oder Industrieunternehmen werfen. Dass solche Unternehmen, im speziellen ein Handelsgeschäft als solches Gegenstand eines obligatorischen Rechtsgeschäft sein kann, wird allgemein auch vom Reichsgericht anerkannt [33]). Ein dingliches Recht dagegen kann am tatsächlichen Ganzen nicht bestehen, sondern nur an den einzelnen Sachen, welche die Bestandteile des ganzen Unternehmens bilden. Für den Kauf eines Unternehmens ergibt sich aus dem Gesagten folgendes: Der Kauf eines Unternehmens als Ganzes ist möglich, doch handelt es sich dabei weder um einen Sach- noch um einen Rechtskauf, sondern in der Regel um einen Kauf von Sachen und Rechten, wobei häufig noch andere Werte mitenthalten sind, die weder Sachen noch Rechte sind. Z. B. Kundschaft und Absatzgebiet beim Kauf einer Handelsunternehmung. Da aber das BGB. nur den Kauf von Sachen und Rechten kennt (§ 433), so folgt daraus, dass die Vorschriften des BGB. über dem Kauf keine direkte, sondern nur eine analoge Anwendung beim Kauf eines Unternehmens als Ganzes finden können (§§ 445 und 493 BGB.). Wollen wir es kurz untersuchen, wie diese entsprechende Anwendung zu erfolgen hat.

§ 11. Die Verschaffungspflicht des Verkäufers.

Was zunächst die Verschaffungspflicht des Verkäufers betrifft (§ 433), so hat er dem Käufer alle zu dem Unternehmen gehörende Gegenstände zu übergeben und das Eigentum an den einzelnen zum Unternehmen gehörenden Sachen zu verschaffen (denn wir sahen ja oben, dass es dingliche Rechte am Unternehmen als Ganzem nicht geben kann). In Bezug auf die zum Unternehmen gehörigen Rechte hat der Verkäufer dem Käufer diese Rechte zu

---

[33]) Ein Geschäft wird eben häufig als eine wirtschaftliche Einheit verkauft, die in ihrer Gesamtheit den Gegenstand des Kaufes bildet.

verschaffen und, soweit diese Rechte zum Besitze der Sache berechtigen, dem Käufer die betreffenden Sachen zu übergeben. In Bezug auf die zum Unternehmen gehörigen Werte, die weder Sachen noch Rechte sind, wird der Verkäufer aus dem Kaufvertrage nach § 242 BGB. verpflichtet „die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern." Dazu wird in erster Linie gehören, dass der Verkäufer alle Massnahmen ergreift, die erforderlich sind, um dem Käufer die Nutzung dieser Werte zu verschaffen. Ferner aber auch die Pflicht alle solche Handlungen zu unterlassen, die diesen Erfolg verhindern oder beeinträchtigen könnten. So ist z. B. beim Verkauf eines Handelsunternehmens mit Kundschaft der Verkäufer verpflichtet, kein Konkurrenzunternehmen innerhalb des bisherigen Absatzgebietes des verkauften Unternehmens zu eröffnen; auch darf er bei seiner bisherigen Kundschaft das verkaufte Handelsunternehmen nicht diskreditieren u. s. w.

§ 12. Der Übergang der Gefahr.

Was den Gefahrübergang betrifft, so ist zu sagen, dass sinngemäss die betreffenden Vorschriften, des BGB. so anzuwenden sind, dass die Gefahr eines zufälligen körperlichen Unterganges resp. einer zufälligen körperlichen Verschlechterung der einzelnen beweglichen Sachen, die zum Unternehmen gehören, für jede Sache getrennt mit der Übergabe [34]) der betreffenden Sache an den Käufer auf den letzteren übergeht (§ 446, Abs. 1) (für Grundstücke, die zum Unternehmen gehören muss natürlich die Vorschrift des § 446, Abs. 2 BGB. Anwendung finden). In Bezug auf eine zufällige Rechtsverschlechterung (Belastung) des Eigentums an einer zum Unternehmen gehörigen Sache und in Bezug auf eine Verschlechterung eines zum Unternehmen gehörigen Rechts trägt der Verkäufer nach § 323 BGB. die Gefahr bis zur Erfüllung, d. h. bis zur Übertragung des Eigentums an der betreffenden Sache resp. bis zur Übertragung des betreffenden Rechtes auf den Käufer (vgl. S. 12 ff.). In Bezug auf diejenigen

[34]) Was zur Übergabe gehört, wird allerdings in den einzelnen Fällen sehr verschieden sein. Häufig wird die Übergabe aller zu den Unternehmen gehörigen Sachen in einem Akt erfolgen, daher auch die Gefahrtragung in Bezug auf alle diese Sachen mit diesem einen Akt auf den Käufer übergehen.

zum verkauften Unternehmen gehörigen Werte, die weder Sache noch Rechte sind, wird in jedem einzelnen Fall geprüft werden müssen, ob in Bezug auf dieselben von einem Gefahrübergang überhaupt gesprochen werden kann. Soweit dies der Fall ist, muss nach § 323 der Verkäufer die Gefahr bis zur Erfüllung tragen, was aber zur Erfüllung gehört, um die Gefahr in Bezug auf die erwähnten Werte übergehen zu lassen, ist nach Lage des Einzelfalles zu entscheiden; eine generelle Vorschrift in dieser Frage zu geben ist nicht möglich, weil die Einzelfälle zu verschieden gelagert sein können.

§ 13. Die Mängelhaftung des Verkäufers.

Was die Gewährleistungspflicht wegen Sach- und Rechtsmängel des Verkäufers eines Unternehmens betrifft, so ist diese Frage sehr umstritten, namentlich in Bezug auf die Verjährungsfrist. Zunächst ist hierzu zu sagen, dass in Bezug auf Mängel der einzelnen Sachen und Rechte, die zum Unternehmen gehören die Vorschriften des Kaufsrechts des BGB. über Sach- und Rechtsmängelhaftung naturgemäss direkt anzuwenden sind. Schwierigkeiten bereitet dagegen die Frage der Mängelhaftung in Bezug auf solche Mängel, die entweder solchen zum Unternehmen gehörigen Werten anhaften, die weder Sache noch Rechten sind (wie z. B. die Kundschaft eines Handelsunternehmens) oder die das Unternehmen als Ganzes betreffen, wie z. B. die Rentabilität eines Handelsgeschäfts. In solchen Fällen werden die Vorschriften des BGB. über Sachmängelhaftung nur mit äusserster Vorsicht analog anzuwenden sein. Denn die Interessenlage der Parteien weicht in diesen Fällen häufig von derjenigen, wie sie bei Sachmängel gegeben ist, sehr wesentlich ab. In diesen Fällen wird unter Benutzung der §§ 242, 157 BGB. für jeden Einzelfall nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu entscheiden sein, wofür der Verkäufer zu haften hat und wofür nicht, und ob auf diese Fälle die kurze Verjährungsfrist des §§ 477 BGB. anwendbar ist oder nicht. Speziell in Bezug auf den Kauf eines Handelsgewerbes mit Kundschaft hat das RG. mehrfach die Gewährleistungsvorschriften des BGB. wegen Sachmängel analog angewandt [35]), dabei aber mit Recht auch betont, dass „die Entscheidung der Frage, was als Mangel eines Handelsgeschäftes, oder eines andern Geschäftsbetriebes angesehen

werden kann, der die analoge Anwendung der §§ 459 ff. rechtfertigt, zurückhaltende Mässigung erfordern." Diese Entscheidung des RG. hat nun allerdings in der Literatur auch Widerspruch erfahren [36]), aber kaum mit Recht, denn die Entscheidung des RG. entspricht m. E. der Interessenlage der Parteien und der Billigkeit. Was die kurze Verjährungsfrist betrifft, so ist beim Kauf eines Unternehmens in Bezug auf Mängel, die nicht einzelne zum Unternehmen gehörige Sachen oder Rechte [37]), sondern das Unternehmen als Ganzes betreffen, jedenfalls die für Grundstückskäufe vorgesehene längere Frist von einem Jahr anzuwenden, da der Käufer vor Ablauf des ersten Jahres über das gekaufte Geschäft sich häufig kein abschliessendes Urteil wird bilden können; in vieler Beziehung z. B. wird ihn erst die erste Jahresbilanz die nötigen Aufschlüsse geben können. In der Regel wird aber diese Frist von einem Jahr auch genügen, um den Käufer die Möglichkeit zu geben, das gekaufte Unternehmen in jeder Beziehung auf Mängel zu prüfen. Es kann aber immerhin vorkommen, dass in einzelnen Fällen, der Käufer nach Lage der Dinge innerhalb eines Jahres verschiedene Mängel des gekauften Unternehmens gar nicht entdecken kann, sondern dazu eine längere Frist nötig ist. In diesen Fällen ist es wohl angebracht, ausnahmsweise die Frist, innerhalb derer der Käufer die Gewährleistungsansprüche geltend machen kann, über ein Jahr hinaus zu verlängern. In solchen Fällen aber die allgemeine Verjährungsfrist von 30 Jahren (BGB. § 195) eingreifen zu lassen, scheint mir andererseits im Interesse der Verkehrssicherheit nicht angebracht zu sein. Vielmehr würde ich in diesen Fällen die Verjährungsfrist nur soweit über die nach § 477 BGB. zulässige Frist von einem Jahre ausdehnen, als das im einzelnen Falle aus Billigkeitsgründen für den Käufer notwendig erscheint; und ausserdem in diesen Fällen für diese über ein Jahr hinausreichende Zusatzfrist auch den Abs. 3 des § 377 HGB. analog zur Anwendung bringen (eine direkte Anwendung kommt nicht in Frage, da ein Handelsgeschäft als Ganzes keine Ware im

---

[35]) Vgl. RGZ. 63, S. 57; 67, S. 86; RG. in J. W. 1909, 15.

[36]) Vgl. z. B. Düringer u. Hachenburg, Bd. 3, S. 152 u. Düringer in L. Z. 1907, S. 131.

[37]) In Bezug auf solche Mängel der einzelnen zum Unternehmen gehörigen Rechte und Sachen finden, wie wir oben (S. 38) schon gesehen haben, die betreffenden Vorschriften des Kaufrechts des BGB. direkte Anwendung; für solche Sachmängel gilt also auch die kurze Verjährung des § 477 BGB.

Sinne des HGB. ist) der bestimmt, dass der Käufer die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung des Mangels machen muss, widrigenfalls er seiner aus dem Mangel herrührenden Ansprüche verlustig geht. Auf diese Art würde m. E. einerseits dem Käufer die für ihn in jedem einzelnen Falle nötige Zeitspanne zur Prüfung aller in Betracht kommenden Tatsachen zugebilligt werden können, andererseits aber auch der Verkehrssicherheit (um deretwillen die kurze Verjährungsfrist im § 477 BGB. doch festgesetzt ist) und den Interessen des Verkäufers die nötige Beachtung zuteil werden können. Und das wäre dann auch eine richtige „analoge" Anwendung des § 477 BGB., der ja gerade auf eine gerechte ausgleichende Abwägung dieser Interessen des Käufers und der Verkehrssicherheit abstellt. Es ist ja schon richtig, dass gegen eine solche Lösung der Einwand erhoben werden könnte, dass das eigentlich gar keine Regelung der Frage mehr darstellt, sondern alles dem freien Ermessen des Richters überlassen bleibt. Wegen der grossen Mannigfaltigkeit, die bei Käufen von Handels- resp. Industrieunternehmungen in Bezug auf die Interessenlage der Parteien vorzukommen pflegt, scheint mir aber eine andere Regelung dieser Fragen nicht möglich zu sein[38]). Dabei soll hier nochmals betont werden, dass wie schon gesagt als Regel auch beim Kauf eines Unternehmens als Ganzes die Verjährungsfrist (§ 477 BGB.) von einem Jahr Platz zu greifen hat, und nur in dringendsten Fällen der Richter eine Verlängerung der Verjährungsfrist aus oben angeführten Gründen der Billigkeit dem Käufer zu gewähren hat.

III. Spezieller Teil.

A. Die rechtliche Natur des Kaufes von G. m. b. H.-Geschäftsanteilen.

§ 14.

Zunächst wollen wir uns jetzt die rechtliche Natur des Kaufes von G. m. b. H.-Geschäftsanteilen klar machen. Es handelt sich hierbei immer um einen Rechtskauf im Sinne des § 433 BGB. Gegenstand des Kaufes ist das Mitgliedschaftsrecht, das aus einer Summe von Rechten und Pflichten besteht, wobei aber die Pflichten eben nur Bestandteile des Mitgliedschaftsrechts sind. Durch

---

[38]) Vgl. hierzu Planck's Komm. zu § 477, Anm. 1b, Abs. 4.

den Kauf eines Geschäftsanteils wird der Käufer Mitglied der Gesellschaft, nicht aber Miteigentümer des Unternehmens. Das letztere steht nur im Eigentum der Gesellschaft nicht der einzelnen Gesellschafter. Der einzelne Gesellschafter, also auch derjenige, der einen Anteil durch Kauf erworben hat, hat Rechte am Unternehmen der Gesellschaft nur in der Form des Anspruchs auf die jeweilige Dividende (d. h. auf einen Teil des aus dem Unternehmen der Gesellschaft erzielten Reingewinnes) und in Form von Individualrechten auf Ausübung körperschaftlicher Funktionen (z. B. Teilnahme an einer Abstimmung, die das Unternehmen der Gesellschaft betrifft, auf der Mitgliederversammlung), die ihm gegen die Gesellschaft laut Gesetz und Gesellschaftsstatut zustehen [39]). Beim Kauf eines Geschäftsanteils handelt es sich also, wie gesagt, um einen Rechtskauf. Grundsätzlich sind daher auf solche Käufe, die für Rechtskäufe gegebenen Vorschriften des BGB. anzuwenden. Wegen der besonderen Art dieser Rechte (nämlich Mitgliedschaftsrechte), die hier Gegenstand des Kaufes sind und wegen der Sonderbestimmungen des G. m. b. H.-Gesetzes, erfahren aber diese Vorschriften des BGB. beim Kauf von Geschäftsanteilen mancherlei Modifikationen, die wir in den folgenden Paragraphen betrachten wollen.

B. Die Formvorschrift des § 15 G. m. b. H.-Gesetz.

§ 15.

Nach § 15 G. m. b. H.-Gesetz, Abs. 4 bedarf der obligatorische Vertrag, laut welchem ein Geschäftsanteil einer G. m. b. H. verkauft wird, der gerichtlichen oder notariellen Form, widrigenfalls er nach § 125 BGB. nichtig ist. Jedoch wird ein ohne diese Form abgeschlossener Vertrag gültig, wenn auf Grund dieses Vertrages ein dinglicher Übertragungsvertrag in gerichtlicher oder notarieller Form geschlossen wird (§ 15 G. m. b. H.-Gesetz), wobei natürlich nur einem gültigen Übertragungsvertrag diese heilende Wirkung zukommt. Da durch den gültigen Übertragungsvertrag in diesen Fällen die Parteien den wegen Formmangels nichtigen obligatorischen Kaufvertrag quasi bestätigen, kommt für diese Fälle § 141 BGB. zur Anwendung; der gültige Übertragungsvertrag ist somit gleichzeitig als erneute Vornahme des dis dahin wegen Formmangels nichtigen obligatorischen Kauf-

[39]) Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 260.

vertrages aufzufassen, und letzterer tritt somit mit dem Moment in Kraft wo der in notarieller oder gerichtlicher Form geschlossene Übertragungsvertrag vollzogen ist. Die Heilung des wegen Formmangels bis dahin nichtigen obligatorischen Kaufvertrages durch den notariellen resp. gerichtlichen Vollzug des Übertragungsvertrages wirkt also ex nunc, nicht ex tunc. Nur im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander wirkt die Heilung nach § 141, Abs. 2 BGB. im Zweifel ex tunc, d. h. die Parteien haben im Zweifel einander zu gewähren was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre." Hier muss auch darauf hingewiesen werden, dass der ganze obligatorische Kaufvertrag mit allen Bestimmungen, welche die Parteien als wesentlich erachten, notariell resp. gerichtlich beurkundet werden muss. Ein Vertrag, wo nur die Verpflichtung zur Abtretung notariell resp. gerichtlich beurkundet wird, wesentliche Nebenbestimmungen, ohne welche die Parteien den ganzen Vertrag nicht geschlossen hätten, aber nur privatschriftlich oder gar nur mündlich vereinbart werden, ist nichtig. Denn die nicht notariell resp. gerichtlich beurkundeten Nebenabmachungen sind nichtig, und da ohne sie die Parteien auch den notariell resp. gerichtlich beurkundeten Teil des Gesamtvertrages nicht abgeschlossen hätten, so ist der ganze Vertrag einschliesslich des notariell resp. gerichtlich beurkundeten Teils nach § 139 BGB. nichtig[40]). Auch der dingliche Übertragungsvertrag, durch welchen der verkaufte Geschäftsanteil auf den Käufer übertragen wird, muss in gerichtlicher oder notarieller Form abgeschlossen werden (§ 15 G. m. b. H.-Gesetz, Abs. 3), widrigenfalls er nach § 125 BGB. nichtig ist. Die Formvorschrift des § 15 G. m. b. H.-Gesetz (und zwar sowohl in Bezug auf den obligatorischen Kaufvertrag als auch in Bezug auf den Übertragungsvertrag) bezieht sich auch auf diejenigen Fälle, wo ein fremder oder ein zukünftiger Geschäftsanteil verkauft wird[41]).

In der Praxis wird die Formvorschrift vielfach auf folgende Art umgangen: „Die Anteile von Gesellschaften, die gehandelt werden sollen, werden einer Bank als Treuhänderin übertragen, so dass diese nach aussen als Gesellschafterin erscheint, während

[40]) Vgl. RG. in L. Z. 1920, S. 652.

[41]) So auch Staub-Hachenburg, Anm. 23 zu § 15; vgl. auch RG. im L. Z. 1911, S. 614, RG. in RGZ., Bd. 74, S. 357 (die gleiche Entscheidung in J. W. 1911, S. 11); RG. in Recht 09, Nr. 148; RG. in RGZ. 87, S. 246.

im Innerverhältnisse der Übertragende berechtigt bleibt. Will dieser nun verkaufen, so stellt er seinem Käufer die auf die Bank lautenden Anteile formlos zur Verfügung, und die Bank bestätigt den Käufer, dass sie von nun an ihn als an den Anteilen berechtigt anerkenne. Der Käufer zahlt dann den Kaufpreis und kann in gleicher Weise die Anteile weiter umsetzen [42]). M. E. verstossen diese formlosen Kaufverträge über „Verfügungsrechte" an Geschäftsanteilen gegen die Formvorschrift des § 15 G. m. b. H.-Gesetz und sind daher nach § 125 BGB. nichtig. Denn ein solcher Vertrag kann rechtlich auf zweierlei Art aufgefasst werden: entweder ist es ein Kaufvertrag, den der Verkäufer über einen fremden, formell nicht ihm, sondern der Bank gehörigen Geschäftsanteil abschliesst. Solche Verträge sind, wie schon oben gesagt, möglich, unterstehen aber der Formvorschrift des § 15 G. m. b. H.-Gesetz. Oder aber man sieht in einem derartigen Vertrage einen Zessionsvertrag, in welchem dem Käufer der dem Verkäufer der Bank gegenüber aus dem Treuhand-Verhältnis zustehende Anspruch auf Abtretung des Geschäftsanteils cediert wird. Ein solcher Zessionsvertrag wird nun allerdings an sich nach dem Wortlaut des § 15 G. m. b. H.-Gesetz von der Formvorschrift nicht erfasst. In den vorliegenden Fällen ist es aber doch klar, dass tatsächlich die Parteien mit dem Geschäft ein Kaufgeschäft bezwecken und die Form der Zession nur zwecks Umgehung der Formvorschrift gewählt wird, um das Kaufgeschäft zu verdecken. Nach § 117 BGB., Abs. 2 finden in solch einem Fall aber die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung, also auch die Formvorschrift des § 15 G. m. b. H.-Gesetz. Wegen Formmangels sind nach § 125 BGB. daher alle solche formlosen Veräusserungsverträge über „Verfügungsrechte" an Geschäftsanteilen nichtig [43]).

---

[42]) Vgl. Dalberg in DJZ., 1912, S. 612.

[43]) Anders RG (RGZ, Bd. 80, Nr. 24; vgl. auch Warneyer, Bd. 10 1917, Nr. 94). Die dort geäusserte Ansicht: es gäbe sich aus der Aufstellung von Formvorschriften durch den Gesetzgeber, dass er nicht entgegentreten will, wenn sich dieselben Endziele auf anderem Wege formlos erreichen lassen", ist m. E. nicht haltbar. Jede gesetzliche Formvorschrift hat einen Zweck im Auge, der erreicht werden soll. Wenn es sich herausstellt, dass die Praxis doch Wege findet, unter Umgehung der Formvorschrift, den Zweck derselben zu vereiteln, so bedeutet solches, dass der Gesetzgeber diese Möglichkeit zur Vereitelung des Zweckes der Formvorschrift nicht übersehen hat. Es ist in diesen Fällen Aufgabe der Judikatur, die von

Wird jedoch ein derartiger Anspruch auf Abtretung eines Geschäftsanteils unter Wahrung der Formvorschrift des § 15 G. m. b. H.-Gesetz veräussert, so ist der Vertrag natürlich gültig, und begründet den Anspruch des Erwerbers auf Verschaffung des betreffenden Geschäftsanteils (vgl. RG. in Recht 1909, Nr. 1977).

Wenn eine oder beide Parteien bei der Übertragung des Geschäftsanteils (resp. dem Abschluss des obligatorischen Kaufvertrages) vor dem Gericht oder dem Notar sich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen, so ist zu beachten, dass nach § 167 BGB. die Vollmachtserklärung nicht der Form bedarf, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Nach § 181 BGB. darf ferner ein Vertreter, wenn es ihm von seinem Vollmachtgeber gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft vornehmen. Danach wäre es möglich, dass ein Verkäufer resp. ein Käufer eines Geschäftsanteils sich formlos von seinem Kontrahenten bevollmächtigen lässt und dann vor dem Gericht oder einem Notar im Namen seines Kontrahenten mit sich selbst im eigenen Namen den obligatorischen Kaufvertrag resp. den Übertragungsvertrag abschliesst. Oder aber Verkäufer und Käufer bevollmächtigen formlos ein und dieselbe dritte Person, die dann im Namen der beiden Kontrahenten allein vor dem Gericht resp. einem Notar den Kauf- resp. Übertragungsvertrag vollzieht. Das RG. [41]) sieht in solch einem Verfahren eine unzulässige Umgehung der Formvorschrift und erklärt daher Abtretungsverträge für nichtig, „wenn der Veräusserer eines Geschäftsanteils auf Grund einer von dem Erwerber ihm formlos erteilten Ermächtigung (vgl. § 181 BGB.) oder den Veräusserungsvertrag in notarieller oder gerichtlicher Form für sich und als Vertreter des Erwerbers abschliessen wollte." Das gleiche muss aus der Natur der Sache dann aber auch gelten, wenn der

der Praxis eingeschlagenen Schleichwege zu sperren und den mit der Formvorschrift bezweckten Erfolg herbeizuführen. In vielen Fällen wird wie in den hier zur Diskussion stehenden der Judikatur zu diesem Zwecke der § 117, Abs. 2 BGB. zur Verfügung stehen. Gegen die zitierte Entscheidung des RG. auch: Lenel in DJZ. 1913, S. 883, Fränkel, S. 172, Anm., Kormann in LZ. 1912, S. 640 ff. Dagegen für das RG. Staub-Hachenburg, Anm. 15 zu § 15, Bett in Bank-Archiv 1910/11, S. 144.

[44]) RGZ. 87, Nr. 56 (S. 246); so auch Katzenstein in JW. 1916, S. 1182, Brodmann, S. 66 (zu § 15). Vgl. auch Staub-Hachenburg, Anm. 24 zu § 15.

Erwerber als Vertreter des Veräusserers auf Grund einer formlosen Ermächtigung vor Gericht oder Notar mit sich selbst kontrahiert oder aber, wenn eine dritte Person gleichzeitig als Vertreter sowohl des Erwerbers als auch des Veräusserers auf Grund formloser Ermächtigungen der beiden Kontrahenten den Veräusserungsvertrag vollzieht. Dieser Stellungnahme des RG. ist zuzustimmen, da sonst tatsächlich die Formvorschrift des § 15 G. m. b. H.-Gesetz durch derartige formlose Vollmachtserklärungen jederzeit umgangen werden könnte und jede Bedeutung verlieren würde [45]).

Mithin muss die Formvorschrift des § 15 G. m. b. H.-Gesetz dahin ausgelegt werden, dass auch die Vollmachtserklärungen vom Gericht oder Notar zu beurkunden sind, wenn ein Kontrahent von seinem Gegenkontrahenten bevollmächtigt wird, einen Vertrag der die Veräusserung eines G. m. b. H.-Geschäftsanteils zum Gegenstand hat, im Namen des Vollmachtsgebers mit sich selbst im eigenen Namen abzuschliessen; oder wenn zu diesem Zwecke beide Kontrahenten ein und dieselbe dritte Person bevollmächtigen. Andernfalls wären in diesen Fällen die betreffenden Veräusserungsverträge nach § 125 BGB. nichtig [46]). Mit Ausnahme dieser Fälle gilt aber auch (weil unbedenklich) bei Kaufverträgen über G. m. b. H.-Geschäftsanteile die Vorschrift des § 167, 1

---

[45]) Würden nämlich solche Verträge gelten (wo einer der Kontrahenten auf Grund einer ihm formlos von seinem Gegenkontrahenten erteilten Vollmacht im Namen seines Gegenkontrahenten mit sich selbst im eigenen Namen, resp. wo eine dritte Person auf Grund formloser Vollmachtserklärungen beider Kontrahenten im Namen beider Kontrahenten den Vertrag in notarieller oder gerichtlicher Form abschliesst), dann würde sich die Formvorschrift des § 15 G. m. b. H.-Gesetz in diesen Fällen nur darin auswirken, dass eine, resp. zwei formlose Vollmachtserklärungen notwendig sind (denn persönlich können ja die Kontrahenten den Vertrag nicht formlos abschliessen) und dass einer der Kontrahenten, resp. die von beiden Kontrahenten bevollmächtigte dritte Person vor Notar oder Gericht erscheinen muss. Diese beiden Erfordernisse bedeuten aber nicht mehr eine Erschwerung des Umsatzes von Geschäftsanteilen, welchen Zweck u. a. die Formvorschrift des § 15 G. m. b. H.-Gesetz verfolgt. Fortfallen würde insbesondere zum grossem Teil für die Vertragskontrahenten in solchen Fällen auch die psychischen Hemmungen gegen vorschnelle Abschlüsse von Verkäufen von G. m. b. H. Geschäftsanteilen, die durch das Erfordernis der notariellen, resp. gerichtlichen Beurkundung in der Regel gegeben sind, wenn beide Kontrahenten vor Gericht oder Notar erscheinen müssen.

[46]) Vgl. F r ä n k e l, S. 175; a. M. B e t t in Bank-Archiv 1910/11, S. 143.

BGB., wonach die Vollmachtserklärung nicht der Form (hier also der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung) bedarf, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Hierher gehören also die Fälle, wo nur einer der Kontrahenten eine dritte Person bevollmächtigt, oder beide Kontrahenten jeder einen andern dritten bevollmächtigen, so dass immer zwei Personen vor Gericht oder Notar zum Abschluss des Vertrages erscheinen müssen.

In Bezug auf die Formvorschrift (und zwar sowohl für den obligatorischen Kaufvertrag, als auch für den Übertragungsvertrag) ist ferner zu beachten, dass nach § 128 BGB. der Vertrag in zwei Teilen als Antrag und Annahme von einem Gerichte oder Notar beurkundet werden kann. Dabei sind dann auch die Vorschriften der §§ 147 u. 148 BGB. zu beachten, wonach der einem Anwesenden gemachte Antrag nur sofort angenommen werden kann, der einem Abwesenden gemachten Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmässigen Umständen erwarten darf (§ 147 BGB.). In den Fällen, wo der Antragende für die Annahme eine Frist bestimmt hat, kann die Annahme nur innerhalb dieser Frist erfolgen (§ 148 BGB.). Eine verspätete Annahme gilt als neuer Antrag (§ 150 BGB.); zur Gültigkeit eines Kauf- resp. Übertragungsvertrages, der einen Geschäftsanteil einer G. m. b. H. zum Gegenstande hat, muss in solchem Falle die Annahme der als neuer Antrag geltenden verspäteten Annahme entsprechend § 128 BGB. auch wieder gerichtlich oder notariell beurkundet werden.

C. Die Verschaffungspflicht des Verkäufers.

§ 16. Der Gegenstand der Verschaffungspflicht.

Gegenstand des Kaufes ist der Geschäftsanteil, d. h. ein Mitgliedschaftsrecht. Nach § 433 BGB. hat also der Verkäufer den Käufer dieses Recht zu verschaffen [47]). Nicht nötig ist es, dass der Verkäufer selbst Gesellschafter der betreffenden G. m. b. H. und Inhaber des verkauften Geschäftsanteils ist; auch fremde Geschäftsanteile können verkauft werden [48]). Auch in solch

---

[47]) Vgl. S. 12.

[48]) Vgl. S. 42; auch auf diese Fälle bezieht sich die Formvorschrift des § 15 G. m. b. H.-Gesetz.

einem Falle ist der Verkäufer natürlich verpflichtet, die verkauften Geschäftsanteile auf den Käufer zu übertragen. Wie er das macht ist gleichgültig. Er kann den betreffenden Geschäftsanteil zuerst selbst vom Berechtigten kaufen und ihn dann auf seinen Käufer übertragen, oder aber er kann den Inhaber veranlassen, den betreffenden Geschäftsanteil direkt auf den Käufer zu übertragen.

Verkauft werden können auch „zukünftige" Geschäftsanteile, wobei zweierlei Fälle zu unterscheiden sind. Erstens kann es sich um Geschäftsanteile einer noch nicht eingetragenen G. m. b. H. handeln, also einer Gesellschaft, die rechtlich noch gar nicht existiert, sondern erst in Zukunft durch die Eintragung ins Leben treten sollen. Dann aber kommen hier auch Geschäftsanteile in Betracht, die in sofern „zukünftig" sind, als es sich um eine geplante Erhöhung des Stammkapitals handelt, und diese noch nicht in das Register eingetragen ist (§ 57 G. m. b. H.-Gesetz). Der Kauf solcher „zukünftiger" Geschäftsanteile unterliegt (wie schon oben auf S. 42 gesagt) auch der Formvorschrift des § 15 G. m. b. H.-Gesetz [49]).

§ 17. Unmöglichkeit der Erfüllung und ihre Folgen.

Kann der Verkäufer seiner Verschaffungspflicht (§ 433 BGB.) nicht genügen und den verkauften Geschäftsanteil einer G. m. b. H. nicht auf den Käufer übertragen, so kommt der § 440 BGB. zur Anwendung. Daraus ergibt sich folgendes: Wenn Verkäufer die Unmöglichkeit resp. sein Unvermögen zu vertreten hat, so kann der Käufer nach § 325 BGB. Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Hat keiner der Kontrahenten die Unmöglichkeit zu vertreten, dann wird der Verkäufer von der Verpflichtung zur Leistung frei, verliert aber den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 323 BGB.). Hat aber der Käufer seinerseits die Unmöglichkeit der Leistung verschuldet, so behält der Verkäufer den Anspruch auf den Kaufpreis mit dem im § 324 BGB. genannten Einschränkungen.

Hier ist darauf hinzuweisen, dass als Ausnahme von § 306 BGB. nach § 437 der Verkäufer auch dafür haftet, dass das verkaufte Recht, in den uns hier interessierenden Fällen, also der

---

[49]) Auch Teile von Geschäftsanteilen können Gegenstand des Kaufsgeschäfts sein. Vgl. hierüber Näheres auf S. 54.

verkaufte Geschäftsanteil, tatsächlich zurecht besteht. Wenn der verkaufte Geschäftsanteil tatsächlich gar nicht existiert, ist also der Vertrag nicht nichtig (wie es ohne die Vorschrift des § 437 nach § 306 der Fall wäre) sondern haftet der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 323—326 (vgl. § 440, I BGB.).

Das RG. [50]) hat auf Fälle, wo der Verkäufer einen ihm nicht zustehenden Geschäftsanteil verkauft, ihn dann aber nicht auf den Käufer übertragen konnte auch den § 437 BGB. angewandt. M. E. kommt in diesen Fällen § 437 BGB. nicht in Frage, denn das verkaufte Recht, der Geschäftsanteil, besteht ja tatsächlich zu Recht, nur dass der Verkäufer über ihn nicht verfügen und deshalb ihm nicht ohne Zustimmung des Berechtigten dem Käufer verschaffen kann; der Berechtigte die Zustimmung aber nicht erteilt. Es liegt in diesem Fall viel mehr ein subjektives Unvermögen des Verkäufers zur Leistung vor, nicht ein objektives Fehlen des rechtlichen Bestandes des verkauften Rechts, auf welches der § 437 BGB. allein abstellt; soll er doch eine Ausnahme von der Vorschrift des § 306 BGB. statuieren. Also nicht § 437 BGB. kommt hier in Frage, sondern die entsprechenden Vorschriften des allgemeinen Teiles des Rechtes der Schuldverhältnisse. Es ist das eine Streitfrage, welche Vorschrift des BGB. für die Fälle von anfänglichem subjektivem Unvermögen des Schuldners (wie es auch in dem hier zu besprechenden Falle vorliegt) anzuwenden sind. Meiner Ansicht nach sind in solchem Falle § 323 resp. § 325 BGB. analog anzuwenden. Denn die Interessenlage der Parteien entspricht bei anfänglichem subjektivem Unvermögen des Schuldners durchaus derjenigen bei nachfolgender Unmöglichkeit (auf welche diese §§ ihrem Wortlaut nach abstellen. Den § 306 BGB. auch bei Fällen von anfänglichem subjektivem Unvermögen analog anzuwenden ist dagegen m. E. nach nicht möglich, denn der Gesetzgeber ist hier von der Auffassung ausgegangen, dass bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit der Leistung beide Parteien bei Abschluss des Vertrages in der Lage wären, die vereinbarte Leistung auf ihre Möglichkeit hin zu prüfen. Und es entspricht daher in der Regel der Billigkeit, wenn ein solcher Vertrag durch Gesetzesvorschrift einfach für nichtig erklärt wird [51]).

[50]) Recht 1909, Nr. 1977 (dieselbe Entscheidung bei Warneyer 1909, Nr. 445.

[51]) Ob die Vorschrift des § 306 in allen Fällen, wo der Vertrag auf eine von vornherein objektiv unmögliche Leistung gerichtet ist, tatsächlich

Bei subjektivem anfänglichem Unvermögen des Schuldners ist der Gläubiger dagegen häufig gar nicht in der Lage, die Unfähigkeit des Schuldners zur Leistung zu erkennen. Daher ist in diesen Fällen nicht Nichtigkeit des Vertrages, sondern Verantwortlichkeit des Schuldners am Platz, wenn der Schuldner vorsätzlich oder fahrlässig eine von ihm persönlich nicht erfüllbare Leistung versprochen und dadurch den Gläubiger, der ihm vertraut, geschädigt hat. Je nachdem ob der Schuldner sein Unvermögen zu vertreten hat oder nicht kommen also m. E. entweder der § 323 oder 325 zur Anwendung. Zu vertreten hat der Schuldner in den Fällen von anfänglichen subjektivem Unvermögen Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 BGB.) beim Vertragsschluss (culpa in contrahendo). Beim Verkauf fremder Geschäftsanteile, über die Verkäufer nicht verfügen und daher dieselbe auf den Käufer nicht übertragen kann, wird eines von beiden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) in der Regel auf Seiten des Käufers vorliegen. Denn er muss ja wissen, ob der Geschäftsanteil, den er verkaufen will, ihm gehört. Und wenn das nicht der Fall ist, darf er ihn ohne entsprechenden Vorbehalt, nur verkaufen, wenn er sich dessen versichert hat, dass er die Möglichkeit haben wird, den verkauften fremden Geschäftsanteil auch tatsächlich auf den Käufer zu übertragen. In der Regel wird also der Verkäufer eines fremden Geschäftsanteils, falls er diesen dann nicht auf den Käufer übertragen kann, sein Unvermögen zur Leistung nach § 325 vertreten müssen, d. h. der Käufer kann in solchem Falle vom Vertrage zurücktreten oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Nur in den Fällen, wo das Unvermögen des Verkäufers eines fremden Geschäftsanteils zur Leistung durch eine Tatsache verursacht ist, die der Verkäufer bei Abschluss des Vertrages weder kennen konnte noch musste, nur dann, kommt § 323 BGB. zur Anwendung.

Umstritten ist in der Literatur auch die Frage, wie die Rechtslage sich gestaltet, wenn der Verkäufer eines Geschäftsanteils einer G. m. b. H. nach Abschluss des obligatorischen Kaufvertrages den verkauften Geschäftsanteil nicht an den ursprünglichen Käufer, sondern an eine dritte Person durch dinglich wirkenden Übertragungsvertrag abtritt. In solchen Fällen ist es aus dem Wesen der Sache wohl klar, dass der dingliche Übertragungsver-

der Billigkeit entspricht, ist allerdings eine andere Frage, die aber nicht hierher gehört.

trag vollgültig ist[52]), und der ursprüngliche Käufer aus dem obligatorischen Kaufvertrag gegen den Verkäufer nur ein Anspruch auf Verschaffung des gekauften Geschäftsanteil hat (§ 433 BGB.). Kann nun der Verkäufer wegen der Übertragung des Geschäftsanteils auf den Dritten seiner Leistungspflicht dem ursprünglichen Käufer gegenüber nicht nachkommen, dann hat letzterer nach § 325 (in Verbindung mit den §§ 433, 440) gegen den Verkäufer Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung oder aber er kann vom Vertrage zurücktreten[53]).

Eine Unmöglichkeit den verkauften Geschäftsanteil auf den Käufer zu übertragen liegt natürlich auch dann vor, wenn die Übertragung deshalb unmöglich ist, weil aus einem beliebigen Grunde der Übertragungsvertrag nicht in der durch § 15 G. m. b. H.-Gesetz vorgeschriebenen Form vorgenommen werden kann. Auch in diesen Fällen hat natürlich der Verkäufer die Unmöglichkeit der Leistung nach § 325 zu vertreten, wenn ihm ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verschulden zur Last gelegt werden kann. Hat keiner der Kontrahenten die Unmöglichkeit zu vertreten, so greift auch in diesen Fällen der § 323 Platz.

§ 18. Die Sonderlage der Fälle, wenn durch Gesellschaftsvertrag die Abtretung von Geschäftsanteilen an weitere Voraussetzungen geknüpft ist.

Laut Abs. 5 des § 15 G. m. b. H.-Gesetz kann durch den Gesellschaftsvertrag die Abtretung der Geschäftsanteile an weitere Voraussetzungen geknüpft werden. In diesen Fällen gehört es auch zu der dem Verkäufer nach § 433 BGB. obliegenden Rechts-

---

[52]) Denn da der dinglich wirkende Übertragungsvertrag zwischen dem Verkäufer und ersten Käufer noch nicht vollzogen war, war der Verkäufer, trotz des mit dem ursprünglichen Käufer abgeschlossenen obligatorischen Kaufvertrage noch berechtigter Inhaber des Geschäftsanteils, als er denselben an den Dritten abtrat. Der Dritte hat also den Geschäftsanteil gültig von dem Berechtigten erworben.

[53]) Voraussetzung dafür ist natürlich, dass der Verkäufer vorsätzlich oder fahrlässig (§ 276 BGB.) gehandelt hat, indem er den bereits verkauften aber noch nicht auf den Käufer übertragenden Geschäftsanteil an einen Dritten abtrat. Dies wird in der Regel auch der Fall sein. Sollte jedoch dem Verkäufer bei der Weiterveräusserung eines bereits verkauften Geschäftsanteils tatsächlich keine Fahrlässigkeit, geschweige den Vorsatz zur Last fallen, so ein Fall dürfte aber wohl kaum vorkommen, dann käme an Stelle von § 325 der § 323 zur Anwendung.

verschaffungspflicht, dass er mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln dahin wirkt, dass die nach dem Gesellschaftsvertrage zur Übertragung des verkauften Geschäftsanteils notwendigen Voraussetzungen tatsächlich erfüllt werden. Unterlässt der Verkäufer vorsätzlich oder fahrlässig einen ihm in dieser Beziehung möglichen Schritt, so muss er es nach § 276 BGB. vertreten, wenn aus diesem Grunde wegen mangelnder Voraussetzung die Übertragung des verkauften Geschäftsanteils auf den Käufer unmöglich wird, und kommt in solchem Fall § 325 BGB. (in Verbindung mit § 440, 1) zur Anwendung. Können dagegen die vom Gesellschaftsvertrage zur Abtretung von Geschäftsanteilen auf Grund des Abs. 5 des § 15 G. m. b. H.-Gesetz festgesetzten Voraussetzungen nicht erfüllt werden, obgleich der Verkäufer alles, was in seinen Kräften steht, in dieser Richtung tut, und wird aus diesem Grunde die Übertragung des verkauften Geschäftsanteils auf den Käufer unmöglich, dann liegt ein Fall der Unmöglichkeit vor, den der Verkäufer nicht zu vertreten hat, und es kommt statt des § 325 der § 323 BGB. zur Anwendung. Hat aber der Käufer den Eintritt der zur Übertragung des Geschäftsanteils nötigen Voraussetzungen durch sein Verhalten fahrlässig oder vorsätzlich verhindert [54]), dann kommt § 324 BGB. zur Anwendung, und behält der Verkäufer im Rahmen der Vorschrift dieses Paragraphen den Anspruch auf den Kaufpreis auch dann, wenn wegen Nichterfüllung der Voraussetzungen die Übertragung des Geschäftsanteils auf den Käufer unmöglich wird. Ja, die Anwendung des § 324 wird sogar in den Fällen geboten sein, wo nach Treu und Glauben (§ 242) der Käufer seinerseits zur Mitwirkung verpflichtet ist, um den Eintritt der laut Gesellschaftsvertrag zur Übertragung von Geschäftsanteilen nötigen Voraussetzungen zu bewirken, und seinerseits diese Mitwirkung vorsätzlich oder fahrlässig (§ 276) unterlässt. Bisher haben wir hier die Fälle von sog. „nachfolgender" Unmöglichkeit betrachtet. Ist aber die Übertragung des Geschäftsanteils schon bei Abschluss des Kaufvertrags unmöglich (und zwar objektiv, nicht subjektiv für den Verkäufer) weil eine durch Gesellschaftsvertrag zur Abtretung des Geschäftsanteils notwendige Voraussetzung (§ 15, Abs. 5 G. m. b. H.-Ges.) von vornherein objektiv nicht erfüllbar ist, so liegt ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag vor. Es kommt dabei nicht

---

[54]) Vgl. hierzu auch § 324, Abs. 2 BGB.

§ 306 BGB. zur Anwendung, sondern § 437, Abs. 1. Zwar ist in diesen Fällen das verkaufte Recht, der Geschäftsanteil, objektiv existent. Da es aber keine Möglichkeit gibt, dasselbe auf den Käufer zu übertragen, so ist es für den Käufer so gut wie nicht vorhanden. Die Interessenlage der Parteien ist also genau die gleiche, wie wenn das verkaufte Recht gar nicht bestehen würde, weshalb eben § 437 und durch ihn die §§ 323—325 in Verbindung mit § 440, I in diesen Fällen Anwendung finden müssen. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein Geschäftsanteil verkauft wird, der laut Gesellschaftsvertrag vom Inhaber gar nicht veräussert werden darf [55]).

Ist die Erfüllung einer laut Gesellschaftsvertrag zur Veräusserung von Geschäftsanteilen erforderlichen Voraussetzung schon bei Abschluss des Kaufvertrages nur dem Verkäufer subjektiv unmöglich (sog. anfängliche subjektive Unmöglichkeit), so kommen auch die §§ 323—325 zur Anwendung. Das nähere hierüber s. S. 47 ff., wo dasselbe Problem für den Fall behandelt wird, dass ein fremder Geschäftsanteil von einem Nichtverfügungsberechtigten verkauft wird.

Besonders häufig kommt es vor, dass durch Gesellschaftsvertrag die Abtretung der Geschäftsanteile von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht wird (vgl. § 15, Abs. 5 G. m. b. H.-Ges.) [56]). Welches Gesellschaftsorgan in diesen Fällen die Genehmigung zu erteilen hat, bestimmt auch der Gesellschaftsvertrag; im Zweifel sind es die oder der Geschäftsführer der Gesellschaft (vgl. §§ 35, 36 G. m. b. H.-Ges.). In diesen Fällen gehört es natürlich auch zur Verschaffungspflicht des Verkäufers (§ 433 BGB.) mit allen ihm zu Gebote stehenden Mittel dahin zu wirken, dass die Genehmigung der Gesellschaft erteilt wird [57]). Insbesondere muss er, falls er der zur Genehmigung berechtigten Geschäfts-

---

[55]) In der Literatur wird vielfach bestritten, dass im Gesellschaftsvertrag ein solches Veräusserungsverbot rechtsgültig festgesetzt werden kann. M. E. ist solches aber durchaus möglich, denn dem steht keine gesetzliche Vorschrift entgegen. Denn der Abs. 1 des § 15 G. m. b. H.-Gesetz enthält doch wohl nur einen dispositiven Rechtssatz, der durch Gesellschaftsvertrag abgeändert werden kann.

[56]) In Bezug auf dies Erfordernis der Genehmigung gilt natürlich auch alles das, was im vorliegenden Abschnitt bisher ganz allgemein in Bezug auf vom Gesellschaftsvertrage laut Abs. 5, § 15 G. m. b. H.-Gesetz festgesetzte Voraussetzungen für die Abtretung von Geschäftsanteilen gesagt worden ist.

[57]) Vgl. RG. in RGZ. 88, S. 319.

führer ist, die Genehmigung erteilen, oder er muss, falls er Glied des Gesellschaftsorganes ist (Mitgliederversammlung, Aufsichtsrat u. s. w.), das die Genehmigung zu erteilen hat, für die Genehmigung stimmen [58]). In eine schwierige Lage kann der Verkäufer eines Geschäftsanteils kommen, wenn die Genehmigung der Gesellschaft zur Übertragung des Geschäftsanteils im Gesellschaftsvertrage verlangt wird, im betreffenden Falle die Genehmigung im Interesse der Gesellschaft nicht erwünscht ist, diese aber, von der Stimme des Verkäufers abhängt, resp. der Verkäufer als zuständiger Geschäftsführer die Genehmigung zu erteilen hat. In solch einem Falle wird der Verkäufer seiner Verpflichtung als Gesellschafter (resp. Gesellschaftsbeamter) zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nachkommen und gegen die Genehmigung stimmen müssen (bezw. als Geschäftsführer die Genehmigung verweigern müssen) denn als Gesellschafter resp. Geschäftsführer der G. m. b. H. muss der Verkäufer die Interessen der Gesellschaft berücksichtigen und darf er daher seinen Geschäftsanteil nicht einer für die Gesellschaft unerwünschten Person, resp. unter solchen Umständen verkaufen, dass die Genehmigung der Übertragung des Geschäftsanteils auf den Käufer im Interesse der Gesellschaft nicht erteilt werden kann. Verweigert er aber die Genehmigung, resp. stimmt er dagegen, so liegt seinerseits in der Regel, wenn nicht gar Vorsatz, so jedenfalls Fahrlässigkeit in seinem Verhältnis zum Käufer vor, denn er muss sich bei Abschluss des Kaufvertrages sagen, dass der Verkauf des Geschäftsanteils wegen entgegenstehender Interessen der Gesellschaft nicht genehmigt werden kann. Daher hat er dem Käufer gegenüber die aus der Nichtgenehmigung der Übertragung resultierende Unmöglichkeit der Erfüllung des Kaufvertrages zu vertreten und der Verkäufer erhält die im § 325 BGB. vorgesehenen Rechte auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung resp. Rücktritt vom Vertrage. Nur in den Fällen, wenn der Verkäufer eines Geschäftanteils bei Abschluss des Kaufvertrags die Gründe, welche im Interesse der Gesellschaft eine Genehmigung der Übertragung des verkauften Geschäftsanteils auf den Käufer verbieten, tatsächlich nicht übersehen konnte, und ihm somit keine Fahrlässigkeit in seinem Verhalten zum Käufer vorgeworfen werden kann, hat er die wegen Versagen der Ge-

[58]) Vgl. RG. in DJZ. 1906, S. 710.

nehmigung entstandenen Unmöglichkeit der Erfüllung des Kaufvertrages nicht zu vertreten, und zwar auch dann, wenn er aus Pflicht gegen die Gesellschaft gegen die Genehmigung gestimmt und dadurch die Genehmigung verhindert hat, resp. als zuständiger Geschäftsführer die Genehmigung versagt hat. In solchen Fällen kommt dann nicht § 325 sondern § 323 BGB. zur Anwendung. Das gilt jedoch nur dann, wenn, wie gesagt den Verkäufer keine Fahrlässigkeit trifft, die ihn in die Lage gebracht hat gegen die Genehmigung eines von ihm selbst abgeschlossenen Kaufvertrag stimmen zu müssen, und nur dann wenn die Ablehnung der Genehmigung tatsächlich im Interesse der Gesellschaft notwendig war. Ein eigenes entgegenstehendes Interesse kann den Verkäufer niemals von der Verpflichtung entbinden, für die Genehmigung stimmen zu müssen, sofern er nach dem Gesellschaftsvertrag über die Genehmigung mitzustimmen hat [59]). Das gleiche gilt natürlich, wenn der Verkäufer als zuständiger Geschäftsführer die Genehmigung selbst zu erteilen hat [60]).

§ 19. Die Probleme beim Kauf von Teilen eines Geschäftsanteils.

Auch Teile von Geschäftsanteilen können veräussert werden (§ 17 G. m. b. H.-Ges.). Während aber für den Verkauf von ganzen Geschäftsanteilen nur dann eine Genehmigung der Gesellschaft erforderlich ist, wenn dies im Gesellschaftsvertrag festgelegt ist, ist für den Verkauf von Teilen eines Geschäftsanteils das Erfordernis der Genehmigung der Gesellschaft gesetzlich vorgeschrieben (§ 17, Abs. 1).

Diese Vorschrift ist zwingendes Recht; als einzige Ausnahme besteht die Vorschrift des Abs. 3 des § 17, welche besagt, dass

[59]) Vgl. RG. in DJZ. 1906, S. 710.

[60]) Unter der Genehmigung im Sinne des G. m. b. H.-Gesetzes ist dasselbe zu verstehen, was das BGB. mit dem Ausdruck „Zustimmung" bezeichnet. Das heisst die „Genehmigung" im Sinne des G. m. b. H.-Gesetzes kann sowohl eine vorherige Zustimmung (Einwilligung § 183 BGB.) als auch eine nachträgliche Zustimmung (Genehmigung im Sinne des BGB.) § 184 sein. Nach § 182, Abs. 2 BGB. bedarf die Genehmigung der Gesellschaft zur Abtretung eines Geschäftsanteils nicht der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, sondern sie kann formlos erteilt sein. Doch muss sie entweder dem Verkäufer oder dem Käufer gegenüber erklärt werden (d .i. aus dem Wortlaut des § 182, Abs. 1 BGB. zu folgern); die Erklärung einem unbeteiligten Dritten gegenüber ist wirkungslos. Die Genehmigung braucht nicht expressis verbis ausgesprochen zu werden; es genügen schlüssige Handlungen, welche die genehmigende Willensäusserung nach aussen hervortreten lassen.

wenn im Gesellschaftsvertrag solches gestattet wird, eine Genehmigung der Gesellschaft dann nicht erforderlich ist, wenn Teile eines Geschäftsanteils an andere Gesellschafter verkauft werden (und, was aber keine Beziehungen zu unserem Thema hat, wenn Geschäftsanteile verstorbener Gesellschafter unter den Erben geteilt werden sollen).

In Betreff der Genehmigung der Gesellschaft (wenn Teile eines Geschäftsanteils verkauft werden) gilt im allgemeinen dasselbe, was schon oben bezüglich der Genehmigung der Gesellschaft bei Verkäufen von ganzen Geschäftsanteilen gesagt worden ist. Nur eine gesetzliche Sondervorschrift greift hier ergänzend ein. Wie wir oben sahen, ist es zur Wirksamkeit der Zustimmung nach dem BGB., und folglich auch einer Genehmigung der Gesellschaft zur Abtretung eines Geschäftsanteils irrelevant, in welcher Form die Genehmigung (Zustimmung) erteilt wird, wenn nur der genehmigende Wille nach aussen in Erscheinung tritt, und die Genehmigung (Zustimmung) an einen der Vertragskontrahenten erklärt wird. In Bezug auf die Genehmigung der Gesellschaft beim Verkauf von Teilen eines Geschäftsanteils einer G. m. b. H. schreibt nun aber das Gesetz (§ 17, Abs. 2) vor, dass die Genehmigung in schriftlicher Form erteilt werden muss. Eine ohne Beachtung dieser Formvorschrift von der Gesellschaft erteilte Genehmigung zur Abtretung eines Teiles eines Geschäftsanteils wäre nach § 125 BGB. nichtig. Ferner muss (das ist zwingendes Recht) die Genehmigung der Gesellschaft zur Abtretung von Teilen eines Geschäftsanteils die Person des Erwerbers und den Betrag bezeichnen, welcher von der Stammeinlage des ungeteilten Geschäftsanteils auf jeden der durch die Teilung entstehenden Geschäftsteile entfällt (§ 17, Abs. 2). Eine Genehmigung der Gesellschaft zur Abtretung von Teilen eines Geschäftsanteils, die diese Angabe nicht enthält, ist wirkungslos. Aus dem Gesagten folgt, dass zu der nach § 433 BGB. dem Käufer obliegenden Verschaffungspflicht, wenn es sich um die Veräusserung eines oder mehrere Teile eines Geschäftsanteils handelt, auch gehört, dass er mit allen ihm zu Gebote stehenden Mittel dahin wirkt, dass die Genehmigung von der Gesellschaft erteilt wird, und zwar in schriftlicher Form und diejenigen Daten enthält, deren Angabe zur Wirksamkeit der Genehmigung nach § 17, Abs. 2 erforderlich ist. Kann der Verkäufer von Teilen eines Geschäftsanteils

eine vollwirksame Genehmigung der Gesellschaft nicht beschaffen, und kann aus diesem Grunde der verkaufte Teil eines Geschäftsanteils nicht auf den Käufer übertragen werden, dann liegt Unmöglichkeit der Leistung vor, und es kommen § 325 resp. § 323 BGB. zur Anwendung, je nach dem, ob der Verkäufer die Unmöglichkeit zu vertreten hat oder nicht (vgl. hierzu auch die Ausführungen oben S. 52), namentlich auch in Bezug auf die Pflichten des Verkäufers, wenn er in der Lage ist selbst in der Frage der Genehmigung mitstimmen zu müssen, oder gar selbst als Geschäftsführer die Genehmigung zu erteilen hat.

Unzulässig ist eine gleichzeitige Übertragung mehrerer Teile von Geschäftsanteilen eines Gesellschafters an ein und denselben Erwerber (§ 17, Abs. 5). Werden dieser Vorschrift zuwieder mehrere Teile eines Geschäftsanteils eines Gesellschafters an ein und denselben Käufer verkauft, so ist der Kauf in dieser Form nichtig. Im Zweifel ist aber in solchen Fällen (sofern im übrigen allen Vorschriften, die für die Veräusserung von Teilen von Geschäftsanteilen gelten, entsprochen ist), anzunehmen, dass der Käufer einen einzigen Teil des betreffenden Geschäftsanteils erworben hat, dessen Betrag der Summe der Beträge aller von ihm angeblich erworbenen Teilen entspricht (§ 140 BGB.).

Wie wir oben sahen, können auch zukünftige (was darunter zu verstehen ist wie oben S. 46) und fremde Geschäftsanteile veräussert werden; dementsprechend können auch Teile von zukünftigen oder fremden Geschäftsanteilen veräussert werden. Natürlich gelten auch für diese Fälle alle Bestimmungen, die für die Veräusserung von Teilen von Geschäftsanteilen überhaupt in Frage kommen [61]).

---

[61]) Hier sei noch darauf hingewiesen, dass der veräusserte und der vom Verkäufer zurückbehaltene Teil eines Geschäftsanteils (sobald die Übertragung des veräusserten Teiles auf den Käufer rechtskräftig geworden ist) beide zu selbständigen Geschäftsanteilen werden, die nicht mehr als Teile eines Geschäftsanteils zu betrachten sind, und in ihrem weiteren Schicksal nicht mehr den für Teilen von Geschäftsanteilen getroffenen Bestimmungen unterworfen sind. Das ergibt sich aus dem Zweck der gesetzlichen Bestimmungen über den Verkauf von Teilen eines Geschäftsanteils, der darin besteht, eine Zersplitterung von Geschäftsanteilen zu erschweren. Ist nun aber ein Geschäftsanteil einmal bereits geteilt worden, dann hat es für die Erreichung des genannten Gesetzeszweckes keinen Sinn mehr, die durch die Teilung entstandenen neuen Geschäftsanteile noch weiterhin als Teil des

§ 20. Der Anteilschein.

Nicht Inhalt der Rechtsverschaffungspflicht (§ 433 BGB.) wohl aber eine Nebenverpflichtung des Verkäufers (§ 444 BGB.) ist es, dem Käufer über die den verkauften Geschäftsanteil betreffenden rechtlichen Verhältnisse Auskunft zu erteilen und die zum Beweise des Rechts dienenden Urkunden, die sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern.

Häufig werden von der Gesellschaft Anteilscheine über die Geschäftsanteile oder Teile [62]) derselben ausgegeben. Hierbei sind zweierlei Arten von Fällen zu unterscheiden: a) entweder sind die Anteilscheine blosse Beweisurkunden, welche die Legitimation des Inhabers des betreffenden Geschäftsanteils erleichtern,

---

Ursprungsanteils zu behandeln. Vgl. auch den Wortlaut des Abs. 2 des § 17 G. m. b. H.-Gesetz, der auch von „entstehenden" Geschäftsanteilen spricht.

[62]) Ist letzteres der Fall, so muss immer beachtet werden, dass durch die Ausgabe von Anteilscheinen über Teile eines Geschäftsanteils nie der Geschäftsanteil tatsächlich geteilt wird; es bleibt trotz Vielheit der Anteilscheine der Geschäftsanteil als eine Einheit bestehen. Denn nach § 17, Abs. 6 G. m. b. H.-Gesetz kann eine Teilung von Geschäftsanteilen nur bei Veräusserung oder Vererbung stattfinden. Werden Teilanteilscheine einzeln verkauft, dann handelt es sich immer um den Verkauf von Teilen eines Geschäftsanteils, auf welchem die Vorschriften des § 17 G. m. b. H.-Gesetz Anwendung finden müssen. Werden mehrere solche Teilanteilscheine mit einem Male an ein und denselben Käufer verkauft, so kann zweierlei vorliegen.

a) Entweder die Vertragsparteien wollen damit einen einzigen Teil des Geschäftsanteils verkaufen, dessen Grösse gleich ist der Höhe der Summe der verkauften Teilanteilscheine. In solchem Falle ist der Vertrag gültig, und der Käufer erwirbt einen solchen Teil eines Geschäftsanteils in der Höhe der Summe der verkauften Teilanteilscheine.

b) Oder aber die Parteien wollen so viele Teile eines Geschäftsanteils auf den Käufer übertragen, als Teilanteilscheine verkauft werden. Dann ist aber ein solcher Vertrag nach § 17, Abs. 5 G. m. b. H.-Gesetz in Verbindung mit § 134 BGB. nichtig. Es kommt jedoch in diesen Fällen in der Regel (soweit nicht der Wille der Vertragskontrahenten entgegensteht) der § 140 BGB. zur Anwendung. Demnach gilt an Stelle des nichtigen Verkaufes von mehreren Teilen eines Geschäftsanteils, der Verkauf als ein solcher, wo der Käufer nicht mehrere Teile eines Geschäftsanteils, sondern nur einen einzigen Teil erwirbt, dessen Grösse der Summe der verkauften Teilanteilscheine entspricht. (Wennes sich bei einem solchen Kaufe um alle zu einem Geschäftsanteil gehörigen Teilanteilscheine handelt, so erwirbt also der Käufer den ganzen Geschäftsanteil als ungeteilte Einheit.)

nicht begründen sollen, ohne weitere rechtliche Bedeutung. Oder aber

b) es sind laut Gesellschaftsstatut an Innehabung des Anteilscheines gewisse Rechtsfolgen geknüpft. Hierher gehören z. B. die Fälle, wo die Abtretung von Geschäftsanteilen oder Teilen desselben laut Gesellschaftsvertrag (auf Grund der Ermächtigungsvorschrift des § 15, Abs. 5 G. m. b. H.-Ges.) [63]) von der Übergabe der Anteilscheinurkunde an den Käufer abhängig gemacht wird. Oder aber der Gesellschaftsvertrag verlangt zur Geltendmachung der Mitgliedschaftsrechte die jedesmalige Vorweisung des betreffenden Anteilscheins [64]) in diesen Fällen, wo an die Innehabung des Anteilscheines gewisse Rechtsfolgen geknüpft sind, ist der Anteilschein eine Art Wertpapier, denn er ist in bestimmten Beziehungen Träger von Rechten. Wollen wir uns nun näher ansehen, wie es mit der Verschaffungspflicht des Verkäufers in den Fällen bestellt ist, wo Anteilscheine ausgegeben sind.

Ist der Anteilschein bloss eine die Legitimation des Berechtigten erleichternde Urkunde, dann spielt er bei der Übertragung des Geschäftsanteils auf den Käufer weiter keine besondere Rolle. Der Verkäufer ist nach § 444 BGB. verpflichtet, dem Käufer den Anteilschein herauszugeben; es handelt sich dabei aber nur um eine Nebenverpflichtung des Verkäufers, die nicht Bestandteil der Hauptverpflichtung, nämlich der Rechtsverschaffungspflicht (§ 433 BGB.) ist. Denn die Übergabe des Anteilscheines ist in diesen Fällen zu der Übertragung des Geschäftsanteils nicht nötig. Auch bedarf ihrer der Käufer nicht unbedingt zur Geltendmachung seiner aus dem Erwerb des Geschäftsanteils herrührenden Rechte; der Anteilschein soll als reine Beweisurkunde diese Geltendmachung der Rechte nur erleichtern, notwendig ist er nicht. Ganz anders, wenn an die Innehabung des Anteilscheines (wie oben geschildert) gewisse Rechtsfolgen geknüpft sind. In solch einem Falle ist der Anteilschein, wie schon oben gesagt, eine Art Wertpapier, und wir haben es mit dem Kauf eines Wert-

---

[63]) Brodmann (Anm. 6 zu § 15) hält eine derartige Bestimmung im Gesellschaftsvertrag für unzulässig, was m. E. aber nicht richtig ist.

[64]) M. E. ist eine solche Bestimmung im Gesellschaftsvertrage mangels entgegenstehender Gesetzervorschriften zulässig u. rechtsgültig. Dagegen Brodmann, Anm. 4 zu § 14.

papieres zu tun [65]). Wie oben ausgeführt, ist ein solcher gleichzeitig ein Rechts- und ein Sachkauf [66]). Der Verkäufer hat daher in den jetzt uns beschäftigenden Fällen, wo der Anteilschein eine

---

[65]) In der Literatur wird vielfach auch in diesen Fällen der Wertpapiercharakter des Anteilscheines geleugnet. M. E. zu Unrecht. In diesen Fällen wird z. B. durch die Vorschrift, dass zur Übertragung des Geschäftsanteiles die Übergabe des Anteilscheines, oder zur Geltendmachung des Mitgliedschaftsrechts die Vorweisung des Anteilscheines notwendig ist, das betreffende Recht (nämlich auf Veräusserung des Geschäftsanteils resp. die Geltendmachung des Mitgliedschaftsrechts) der Anteilsscheinurkunde incorporiert, und somit der Anteilschein zu einem Wertträger — einem Wertpapier. Das zeigt sich am deutlichsten in den Fällen, wenn die Anteilscheinsurkunde verloren geht. Dann kann der berechtigte Inhaber des Geschäftsanteiles über sein Recht in bestimmten Beziehungen zum B. der Veräusserung seines Geschäftsanteils resp. der Geltendmachung seiner aus dem Geschäftsanteil fliessenden Mitgliedschaftsrechte nicht mehr ohne weiteres in der bisherigen Weise verfügen, sondern es wird dazu eine Art Mortifizierung der Urkunde notwendig. Zwar kann diese nicht, wie bei den Inhaberpapieren, durch Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens erfolgen (vgl. § 946 ZPO.), eine gesetzliche Bestimmung laut welcher Anteilscheine einer G. m. b. H. aufgeboten werden können, existiert nicht; die betreffende Vorschrift des § 799 BGB. gilt eben nur für richtige Inhaberpapiere (ein Anteilschein kann aber, wie wir sehen werden, nie ein solcher sein); wohl aber muss um die Veräusserbarkeit des Geschäftsanteils resp. die Möglichkeit der Geltendmachung der Mitgliedschaftsrechte wieder herzustellen, der Verlust der Anteilscheinsurkunde der Gesellschaft angezeigt werden, und von der Gesellschaft entweder eine neue Urkunde (Duplikat) über den betreffenden Geschäftsanteil ausgestellt werden, oder aber die Übertragbarkeit des Geschäftsanteils resp. die Geltendmachung der Mitgliedschaftsrechte auch ohne Urkunde von der Gesellschaft gestattet werden. (Zu einer von diesen beiden Massnahmen ist die Gesellschaft in den Fällen, wo an die Innehabung der ausgegebenen Anteilscheine durch den Gesellschaftsvertrag bestimmte Rechtsfolgen geknüpft sind in jedem Falle nach Treu und Glauben verpflichtet. Denn es ist unzulässig, dass durch den Verlust der Anteilscheinsurkunde, der rechtmässige Inhaber des betreffenden Geschäftsanteils für die Dauer die Möglichkeit verlieren sollte, seine an die Innehabung des Anteilscheins geknüpften Rechte, z. B. die Veräusserbarkeit des Geschäftsanteils resp. die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte, geltend zu machen.) Ist der Anteilschein somit in diesen Fällen ein Wertpapier, so ist doch zu beachten, dass es sich hierbei um ein Wertpapier besonderer Art handelt, welches nicht der Zirkulation, sondern nur der Legitimation dienen soll. Viele Bestimmungen des Gesetzes über Wertpapiere können aus diesem Grunde auf solche Anteilscheine keine Anwendung finden (z. B. § 381 HGB. u. viele andere), weil in diesen Gesetzesvorschriften unter Wertpapieren Zirkulationspapiere gemeint sind.

[66]) Vgl. S. 28 ff.

Art Wertpapier ist, neben der Pflicht zur Übertragung des in der Urkunde verbrieften Rechts, nämlich des Geschäftsanteils, auf den Käufer, auch noch die Urkunde als Sache dem Käufer zu übergeben und ihm das Eigentum an ihr zu verschaffen. Und zwar gehört in diesen Fällen die Übergabe der Urkunde und Übertragung des Eigentums an derselben zu der Hauptpflicht des Verkäufers (nach § 433 BGB.), während, wie wir oben sahen, in den Fällen, wo der Anteilschein nur eine die Legitimation des Berechtigten erleichternde Urkunde, also kein Wertpapier ist, die Übergabe des Anteilscheins nur eine Nebenpflicht (§ 444 BGB.) des Verkäufers ist.

Was nun die Übertragung des Eigentums an der Urkunde des Anteilscheins auf den Käufer betrifft, so ist folgendes zu sagen. Wie wir oben (S. 29 ff.) gesehen haben, erfolgt beim Kaufe von Wertpapieren regelmässig die Übertragung des Eigentums am Papier und die Übertragung des im Papier verbrieften Rechts durch ein und denselben Akt, und zwar folgt in der Regel das Eigentum an der Urkunde dem in der Urkunde verbrieften Recht (§ 952 BGB.); eine Ausnahme von dieser Regel bilden nur die Inhaberpapiere (vgl. S. 29 f.). Wie wir aber gleich sehen werden, können Anteilscheine, die über G. m. b. H.-Geschäftsanteile ausgegeben werden, nie richtige Inhaberpapiere sein, selbst wenn sie auf den Inhaber lauten sollten. Denn durch die Ausgabe von Anteilscheinen können die Vorschriften der §§ 15, 16, 17 G. m. b. H.-Gesetz nie ausser Kraft gesetzt werden, da sie zwingendes Recht enthalten. Auch wenn Anteilscheine ausgegeben sind, können also die betreffenden Geschäftsanteile nur durch gerichtlich oder notariell beurkundeten Übertragungsvertrag abgetreten werden, und muss der Übergang des verkauften Geschäftsanteils auf den Käufer unter Nachweis des Überganges bei der Gesellschaft angemeldet werden (§ 16 G. m. b. H.-Ges.). Daraus folgt aber von selbst, dass Anteilscheine, die über G. m. b. H.-Geschäftsanteile ausgestellt werden, nie richtige Inhaberpapiere oder durch Indossament übertragbare Orderpapiere sein können. Es können daher auf sie auch nicht die für Inhaberpapiere geltenden Sondervorschriften des BGB. angewendet werden. Sind aber die Anteilscheine keine Inhaberpapiere, so gilt wegen Mangels entgegenstehender Vorschriften, auch für sie in den Fällen, wo sie, wie oben ausgeführt, eine Art Wertpapier sind, der § 952 BGB. D. h., das Eigentum an der Urkunde folgt dem in der Urkunde

verbrieften Recht. Das Eigentum an der Anteilscheinsurkunde wird also durch den Akt der Übertragung des in der Urkunde verbrieften Rechts (in unseren Fällen also des entsprechenden Geschäftsanteils) auf den Käufer übertragen. Mit diesem einen Akt der Übertragung des im Anteilscheine verbrieften Geschäftsanteils, erfüllt demnach der Verkäufer auch seine Pflicht zur Übertragung des Eigentums an der Anteilscheinurkunde auf den Käufer. Was nun die Übertragung des Geschäftsanteils (also des in dem Anteilschein verbrieften Rechts) selbst betrifft, so haben wir gesehen, dass auch in den uns hier interessierenden Fällen, wo der Anteilschein eine Art Wertpapier ist, die §§ 15, 16, 17 G. m. b. H.-Gesetz für die Übertragung des Geschäftsanteils auf den Käufer massgebend sind. Der Verkäufer eines Anteilscheines hat also, auch wenn der Schein im hier besprochenen Sinne eine Art Wertpapier ist, im Bezug auf das im Anteilscheine verbriefte Recht, nämlich den Geschäftsanteil, genau dieselben Pflichten, wie wenn über den verkauften Geschäftsanteil überhaupt kein Anteilschein ausgestellt wäre, oder dem Anteilschein nur eine die Legitimation erleichternde Funktion zukommt.

§ 21. Dividendenscheine und Erneuerungsschein (Talon).

Nicht selten kommt es vor, dass beim Verkauf eines Geschäftsanteils einzelne Teilrechte aus dem den Inhalt des verkauften Geschäftsanteils bildenden Mitgliedschaftsrechte nicht auf den Käufer übertragen werden, sei es weil der Verkäufer sich das betreffende Teilrecht (z. B. das Dividendenbezugsrecht für eine Reihe von Jahren) vorbehält, sei es, weil das betreffende Teilrecht schon früher vom Gesamtmitgliedschaftsrechte abgesplittert und auf eine dritte Person übertragen worden ist. In solchen Fällen bestimmen sich die betreffenden Rechtsverhältnissenach den Vereinbarungen der Kontrahenten und dem Gesellschaftsstatut. Wegen der grossen Mannigfaltigkeit der hierbei möglichen Kombinationen, können diese Fälle hier im einzelnen nicht behandelt werden. Hier sei nur noch darauf hingewiesen, dass ein Vorbehalt des Verkäufers in Bezug auf die aus der Mitgliedschaft fliessenden Individualrechte auf körperschaftliche Funktionen (z. B. auf das Stimmrecht auf der Mitgliederversammlung) in der Regel gegen die guten Sitten verstossen und daher nach § 138 BGB. nichtig sein dürfte.

Nur zwei Fälle solcher Absplitterungen einer Teilfunktion vom Gesamtmitgliedschaftsrecht sollen, wegen ihrer grossen Bedeutung und Häufigkeit, hier doch behandelt werden: nämlich die Fälle, wo Dividendenscheine und wo Erneuerungsscheine (Talons) von der G. m. b. H. ausgegeben werden.

Dividendenscheine werden von einer G. m. b. H. häufig ausgegeben [67]). Diese können mangels entgegenstehender gesetzlicher Bestimmungen auch auf Inhaber lauten oder als Orderpapiere im Sinne des § 363 HGB. ausgestellt werden und dann durch Indossament übertragbar sein [68]).

Ob mit dem Verkauf eines Geschäftsanteils die Dividendenscheine mit verkauft werden, oder der Verkäufer eine Reihe von Dividendenscheinen (und damit natürlich auch das Recht auf die entsprechenden Dividendenzahlungen) für sich zurückbehält, bestimmt sich nach Parteivereinbarung in den einzelnen Fällen. Ist im Kaufvertrage von den Parteien über diese Frage nichts ausgemacht, dann ist im Zweifel nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte anzunehmen, dass die Dividendenscheine mit verkauft sind. Es handelt sich dann um den Kauf von Wertpapieren, auf die das oben auf S. 28 ff. Gesagte Anwendung findet. Der Verkäufer hat dem Käufer die Dividendenscheine zu übergeben und das Eigentum an den Dividendenscheinsurkunden zu verschaffen und ausserdem das in den Urkunden verbriefte Dividendenbezugsrecht auf den Käufer zu übertragen.

Hier ist nun darauf hinzuweisen, dass, wenn Dividendenscheine ausgegeben sind, das aus dem Geschäftsanteil (Mitgliedschaftsrechte) fliessende Dividendenbezugsrecht vollständig verselbständigt, und der Anspruch auf jede einzelne Dividendenrate

---

[67]) Und zwar sowohl in Fällen, wo Anteilscheine ausgegeben sind, als auch in Fällen, wo keine Anteilscheine zur Ausgabe gelangen.

[68]) Das ist möglich, obgleich wie wir gesehen haben, über G. m. b. H.-Geschäftsanteile ausgestellte Anteilscheine selbst nie Inhaber- oder durch Indossament übertragbare Ordrepapiere sein können. Denn die Formvorschrift des § 15 G. m. b. H.-Gesetz und die Pflicht zur Anmeldung des Überganges nach § 16 beziehen sich nur auf die Veräusserung von Geschäftsanteilen selbst. Sie schliessen nicht aus, dass das aus dem Geschäftsanteil (Mitgliedschaftsrecht) fliessende Dividendenbezugsrecht selbständig und formlos übertragen werden und daher vom Hauptrecht losgelöst und in einem richtigen Inhaber- resp. durch Indossament übertragbaren Orderpapier verbrieft werden kann.

den einzelnen Dividendenscheinen incorporiert ist. Das Schicksal des Dividendenbezugsrechts wird also durch die Verbriefung in einzelnen Dividendenscheinen vom Schicksal des Hauptrechts (dem entsprechenden Geschäftsanteil) unabhängig. Aus diesem Grunde wird in den Fällen, wo Dividendenscheine ausgegeben sind, mit der Übertragung des entsprechenden Geschäftsanteils noch keineswegs auch das Dividendenbezugsrecht auf den Käufer übertragen [69]). Es muss veilmehr jedes einzelne einem einzelnen Dividendenscheine incorporierte Bezugsrecht auf eine bestimmte Dividendenrate auch einzeln, selbständig für sich auf den Käufer übertragen werden. Bevor wir nun betrachten, wie diese Übertragung des in den Dividendenscheinen incorporierten Dividendenbezugsrechts auf den Käufer zu geschehen hat, wollen wir uns hier noch ins Gedächtnis zurückrufen, dass, da es sich hier um Wertpapierkäufe handelt, die Übertragung des in dem Dividendenscheine incorporierten Dividendenbezugsrechts und die Übertragung des Eigentums an der Urkunde des Dividendenscheins immer gleichzeitig durch ein und denselben Akt erfolgt (vgl. S. 29 ff.). Mithin erfüllt der Verkäufer durch diesen einen Akt gleichzeitig seine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an der Urkunde des Dividendenscheins als auch seine Verpflichtung zur Übertragung des in der Urkunde verbrieften Dividendenbezugsrechts. Dieser eine Akt, der die beiden genannten Rechte überträgt, hat aber einen verschiedenen Inhalt, je nachdem ob der Dividendenschein auf den Inhaber gestellt ist, oder ein durch Indossament übertragbares Orderpapier oder keines von beiden ist. Ist der Dividendenschen ein Inhaberpapier, dann folgt das in der Urkunde verbriefte Dividendenbezugsrecht dem Eigentum an der Urkunde. Beide Rechte werden durch den Akt der Übertragung des Eigentums an der Urkunde auf den Käufer übertragen, und zwar erfolgt diese Eigentumsübertragung nach sachenrechtlichen Grundsätzen (vgl. S. 29 ff.). Ist dagegen der Dividendenschein ein durch Indossament übertragbares Orderpapier oder eine sonstige Art von Wertpapier, dann folgt umgekehrt (nach § 952

---

[69]) Anders, wenn keine Dividendenscheine ausgegeben sind. Dann bleibt das Dividendenbezugsrecht, sofern im Kaufvertrag oder im Gesellschaftsstatut nichts Gegenteiliges bestimmt ist, im Mitgliedschaftsrecht (aus dem es fliesst, also dem Geschäftsanteil) mitenthalten, und wird daher durch die Übertragung des entsprechenden Geschäftsanteils auf den Käufer mit übertragen.

BGB., vgl. S. 29 und 31 ff.) das Eigentum an der Urkunde dem in der Urkunde verbrieften Dividendenbezugsrecht. Beide Rechte werden also durch den Akt der Übertragung des in der Urkunde verbrieften Dividendenbezugsrechts auf den Käufer übertragen. Ist der Dividendenschein ein durch Indossament übertragbares Orderpapier, dann ist das gültige Indossament der betreffende Übertragungsakt. Ist dagegen der Dividendenschein weder ein Inhaber- noch ein durch Indossament übertragbares Orderpapier, dann ist aus der Lage des Einzelfalles, namentlich aus dem Gesellschaftsstatut zu entnehmen, wie das Dividendenbezugsrecht (und mit ihm, gleichzeitig nach § 952 das Eigentum am Dividendenscheine) auf den Käufer übertragen werden kann. Unter Umständen kann eine Übertragung des Dividendenbezugsrechts und damit des Dividendenscheines durch das Gesellschaftsstatut ganz untersagt sein. In solchen Fällen kommt dann dem Dividendenschein keine Transport- sondern nur die Legitimationsfunktion zu.

Zum Schluss mag hier noch darauf hingewiesen sein, dass der Dividendenschein immer n u r Träger des Dividendenbezugsrechts ist. Alle Rechte des Gesellschafters dagegen in Bezug auf Mitbestimmung bei der Festsetzung der Dividende kommen nicht dem Inhaber eines Dividendenscheines, sondern nur dem Gesellschafter, d. h. dem rechtmässigen Inhaber des betreffenden Geschäftsanteils zu.

Gibt die Gesellschaft Dividendenscheine aus, so werden häufig auch E r n e u e r u n g s s c h e i n e (Talons) ausgegeben. In Bezug auf Erneuerungsscheine (Talons) haben wir eine Gesetzesbestimmung im § 805 BGB. der sich allerdings direkt nur auf solche Fälle bezieht, wo das Hauptpapier eine Inhaberschuldverschreibung im Sinne der §§ 793 ff. BGB. ist. In den hier zu besprechenden Fällen ist nun aber das Hauptpapier der über einen G. m. b. H. Geschäftsanteil ausgestellte Anteilschein, der, wir wir gesehen haben, nie ein Inhaberpapier sein kann [70]).

Trotzdem wird wegen der Gleichheit der Interessenlage der Parteien der § 805 BGB. auf die von einer G. m. b. H. ausgestellten Erneuerungsscheine analog anzuwenden sein. Über die rechtliche Natur der Erneuerungsscheine, wie sie sich aus dem § 805

---

[70]) Auch kann es vorkommen, dass Dividendenscheine und Erneuerungsscheine von einer G. m. b. H. ausgegeben werden, ohne dass über den betreffenden Geschäftsanteil ein Anteilschein ausgestellt wird.

BGB. ergibt, ist nun folgendes zu sagen. Betrachten wir uns zunächst zum Vergleich noch etwas den Dividendenschein. Durch die Ausgabe von Dividendenscheinen wird das Dividendenbezugsrecht vom Stammrecht (in unseren Fällen dem Geschäftsanteil) abgesplittert, und als selbständiges Recht den Dividendenscheinen incorporiert. Ist also das Stammrecht auch in einem Wertpapier incorporiert, so entbehrt dieses Wertpapier (in unserem Falle also der Anteilschein) der Teilfunktion Träger des vom Hauptrecht abgesplitterten Dividendenbezugsrechts zu sein. Anders der Erneuerungsschein. Aus § 805 BGB. folgt, dass das in dem Talon incorporierte Bezugsrecht von neuen Dividendenscheinen nicht von dem Hauptrecht (in unserem Falle dem Geschäftsanteil) abgesplittert wird, sondern auch weiterhin im Hauptrecht (in unserem Falle also dem Geschäftsanteile) mit enthalten bleibt. In den Fällen, wo Urkunden (Anteilscheine) über das Hauptrecht (in unseren Fällen den Geschäftsanteil) ausgegeben sind, bleibt also in der Regel diese Urkunde (Anteilschein) trotz des Talons primäre Trägerin auch des Bezugsrechts von neuen Dividendenscheinen. Der Erneuerungsschein ist also in Bezug auf das in ihm verbriefte Recht, nämlich dem Bezugsrecht von neuen Dividendenscheinen, nur ein Duplikat der Haupturkunde, in unseren Fällen des Anteilscheines [71]).

Dieses Duplikat enthält aber nicht das Ganze in der Haupturkunde (Anteilschein) incorporierte Recht, sondern nur eine Teilfunktion desselben, nämlich das Bezugsrecht von den jeweils fälligen Serien neuer Dividendenscheine. Weil der Erneuerungsschein nur ein Nebenpapier zwecks Legitimationserleichterung ist, kein selbständiger Rechtsträger, so dürfen, auch wenn der Talon auf den Inhaber lautet, an den Inhaber desselben die neuen Zins- oder Rentenscheine nicht ausgegeben werden, wenn der Gesellschafter, dem der entsprechende Geschäftsanteil gehört, der Ausgabe widersprochen hat; dagegen hat in solchen Fällen dieser Gesellschafter kraft seines Mitgliedschaftsrechts (Geschäftsanteils) den Anspruch auf die neuen Dividendenscheine (§ 805 BGB.).

---

[71]) Dasselbe gilt entsprechend natürlich auch für die Fälle, wo Anteilscheine überhaupt nicht ausgegeben sind. Auch hier ist der Erneuerungsschein kein selbständiger, Wertträger, sondern kann der rechtmässige Inhaber des betreffenden Geschäftsanteils sein Bezugsrecht von neuen Dividendenscheinen (gemäss § 805 BGB.) auch ohne den Erneuerungsschein geltend machen.

Ist somit der Erneuerungsschein kein selbständiger Rechtsträger, sondern bleibt das in ihm verbriefte Bezugsrecht von neuen Dividendenscheinen trotz des Erneuerungsscheines im Mitgliedschaftsrecht (Geschäftsanteil) enthalten, so geht das Bezugsrecht von neuen Dividendenscheinen naturgemäss mit dem Verkaufe des Geschäftsanteils auf den Käufer über, unabhängig davon, ob dieser den Erneuerungsschein erhält oder nicht. Der Kauf braucht ja auch den Erneuerungsschein nicht unbedingt zur Ausübung seines Bezugsrechts von neuen Dividendenscheinen; denn er kann ja unter Nachweis des Erwerbs des Geschäftsanteiles der Ausgabe der Dividendenscheine an den Inhaber des Erneuerungsscheines widersprechen und selbst die neuen Dividendenscheine beanspruchen (§ 805 BGB.). In Bezug auf den Erneuerungsschein handelt es sich also nicht um den Kauf eines selbständigen Wertpapieres. Und die Übergabe des Erneuerungsscheines an den Käufer gehört daher nicht zu den in § 433 BGB. festgesetzten Hauptpflichten des Verkäufers. Der Käufer des Geschäftsanteils kann aber nach § 444 BGB. die Auslieferung des Erneuerungsscheins verlangen. Daneben kann er aber auch die Herausgabe des Erneuerungsscheins sowohl vom Verkäufer als auch von jedem Dritten sachenrechtlich als Eigentümer des Erneuerungsscheines verlangen (§ 985 BGB.). Denn das Eigentum am Erneuerungsschein geht automatisch durch den Verkauf des Geschäftsanteils auf den Käufer über; was sich aus folgenden Überlegungen ergibt. Wir haben gesehen, dass das Bezugsrecht von neuen Dividendenscheinen, über welches der Erneuerungsschein ausgestellt ist, im Stammrecht (in unseren Fällen dem Geschäftsanteil) mitenthalten bleibt und unabhängig vom Schicksal des Erneuerungsscheines beim Verkauf des Stammrechts (in unseren Fällen des Geschäftsanteils) auf den Käufer übergeht. Aus diesem Grunde kann ein Erneuerungsschein (auch wenn er auf den Inhaber lauten sollte) nie ein richtiges Inhaberpapier, wo das verbriefte Recht dem Eigentum am Papier folgt, noch ein durch Indossament übertragbares Orderpapier sein. Auf den Erneuerungsschein findet daher, mangels entgegenstehender Gesetzesvorschriften § 952 BGB. Anwendung, d. h. das Eigentum am Erneuerungsschein folgt immer dem in ihm verbrieften Recht. Da aber das im Erneuerungsschein verbriefte Recht, nämlich das Bezugsrecht von den jeweils fälligen Serien neuer Dividendenscheine, wie wir gesehen haben, nicht vom Stammrecht abge-

splittert wird, sondern in ihm enthalten bleibt, und dementsprechend mit dem Verkauf des Stammrechts auf den Käufer automatisch mit übertragen wird, geht also nach § 952 BGB. mit der Übertragung des Stammrechts, in unseren Fällen des betreffenden G. m. b. H.-Geschäftsanteils auch das Eigentum an dem Erneuerungsschein auf den Käufer über. Gegen die Anwendung des § 952 BGB. auf den Erneuerungsschein, könnte man vielleicht einwenden, dass derselbe (da das in ihm verbriefte Recht auf den Bezug neuer Dividendenscheine, wie wir gesehen haben, entsprechend § 805 BGB. auch unabhängig von dem Erneuerungsschein geltend gemacht werden kann) eigentlich keine Urkunde ist, „k r a f t" deren eine Leistung gefordert werden kann. Da dasselbe aber auch für die im § 952 BGB., Abs. 1 genannten Schuldscheine gilt, so ist auch Abs. 2 des § 952 sinngemäss auf solche Papiere (wie der Erneuerungsschein es ist) anzuwenden, wo das betreffende Recht nicht eigentlich dem Papier incorporiert ist, sondern das Papier nur zur Erleichterung der Legitimation des Berechtigten dient. Wir sehen also, dass der Erneuerungsschein, falls zu dem verkauften Geschäftsanteil ein solcher ausgegeben ist (anders wie die Dividendenscheine, die als selbständige Wertpapiere vom Verkäufer u. U. nicht mit verkauft zu werden brauchen) immer dem Käufer zusteht, der mit der Übertragung des Geschäftsanteils auch automatisch das Eigentum am Erneuerungsschein erwirbt.

§ 22. Die Anmeldung des Erwerbers des verkauften Geschäftsanteils bei der Gesellschaft.

Nach § 16 G. m. b. H.-Ges. gilt der Gesellschaft gegenüber der Käufer erst dann als Erwerber des gekauften Geschäftsanteils, wenn sein Erwerb unter Nachweis des Überganges bei der Gesellschaft angemeldet ist. Dies gilt aber nur im Verhältnis zur Gesellschaft; in allen übrigen Beziehungen geht der Geschäftsanteil auch schon vor der Anmeldung auf den Käufer über, sobald der Übertragungsvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Käufer gültig zustande gekommen ist, und, sofern das im Einzelfall erforderlich ist, die Genehmigung der Gesellschaft zur Übertragung des Geschäftsanteils auf den Käufer erteilt ist. Die Anmeldung braucht im Zweifel nicht der Verkäufer zu besorgen, sondern sie kann auch durch den Käufer erfolgen. Da die An-

meldung unter Nachweis des Überganges zu erfolgen hat (§ 16 G. m. b. H.-Ges.), und der Käufer vor der Anmeldung seine Rechte aus dem gekauften Geschäftsanteil der Gesellschaft gegenüber nicht geltend machen kann, so gehört es allerdings zur Rechtsverschaffungspflicht (§ 433 BGB.) des Verkäufers, dass er, soweit solches zum Nachweise des Überganges erforderlich ist, die nötigen Erklärungen abgibt und die zur Anmeldung des Überganges erforderlichen Urkunden dem Käufer übergibt.

D. Der Übergang der Gefahr.

§ 23.

Beim Kauf eines Geschäftsanteils einer G. m. b. H. handelt es sich, wie schon gesagt, um einen Rechtskauf. Wie auf S. 13 ff. dargelegt, gilt im Bezug auf die Gefahrtragung bei Rechtskäufen der § 323 BGB., d. h. der Verkäufer trägt die Gefahr bis zur Erfüllung. Es fragt sich nun, wann bei Käufen von Geschäftsanteilen einer G. m. b. H. der Verkäufer so erfüllt hat, das die Gefahr auf den Käufer übergeht. Nötig ist jedenfalls zur Erfüllung, dass der Geschäftsanteil (das verkaufte Recht) in jeder Beziehung tatsächlich auf den Käufer übertragen worden ist, so dass der Käufer über denselben verfügen kann und dadurch die Möglichkeit hat selbst für die Abwendung drohender Gefahren sorgen zu können. Dazu gehört bei Verkäufen von Geschäftsanteilen, dass der dinglich wirkende Übertragungsvertrag (nicht nur der obligatorische Kaufvertrag) gültig (vor allen Dingen also den gesetzlichen Formvorschriften entsprechend) abgeschlossen ist. Ferner muss aber zur Erfüllung in dem Sinne, dass die Gefahr auf den Käufer übergeht, beim Verkauf von Teilen eines Geschäftsanteils die Genehmigung der Gelleschaft zur Abtretung erteilt sein (§ 17, Abs. 1 G. m. b. H.-Ges.). In den Fällen, wo auf Grund des Absatzes 5 des § 15 G. m. b. H.-Ges. durch den Gesellschaftsvertrag die Abtretung des Geschäftsanteils an weitere Voraussetzungen geknüpft ist, gehört ferner zur Erfüllung, dass die betreffenden Voraussetzungen erfüllt sind, insbesondere, dass, wenn solches vom Gesellschaftsvertrag vorgeschrieben ist, die Genehmigung der Gesellschaft zur Übertragung des Geschäftsanteils auf den Käufer erteilt ist. Nicht notwendig zur Erfüllung in dem Sinne, dass dadurch die Gefahr auf den Käufer übergeht, ist m. E. in der Regel die Anmeldung des Überganges des Geschäftsanteils auf den Käufer bei der Gesellschaft (§ 17 G. m. b. H.-Ges.). Denn

da der Käufer die Anmeldung selbst betreiben kann (vgl. S. 67), so liegt m. E. kein Grund vor, die Gefahr nicht auch schon vor der Anmeldung des Überganges bei der Gesellschaft auf den Käufer übergehen zu lassen, sofern nur die Übertragung des Geschäftsanteils im übrigen rechtlich perfekt geworden ist. Als Ausnahme von dieser Regel wird dagegen die Gefahr solange nicht als auf den Käufer übergegangen zu betrachten sein, solange der Käufer den Übergang des Geschäftsanteils der Gesellschaft gegenüber (§ 16 G. m. b. H.-Ges.) aus einem Grunde nicht nachweisen und daher nicht gültig anmelden kann, den der Verkäufer zu vertreten hat. Denn so lange fehlt dem Käufer ja tatsächlich die Möglichkeit, seine Rechte der Gesellschaft gegenüber geltend zu machen. Namentlich kann er in solchen Fällen nicht seine Rechte als Gesellschafter (z. B. sein Stimmrecht) ausüben, die es ihm u. U. ermöglichen könnten, eine drohende Gefahr der Verschlechterung des gekauften Geschäftsanteils abzuwenden. Aber auch in diesen letzgenannten Ausnahmefällen gebühren die Nutzungen und trägt die Lasten aus dem erworbenen Geschäftsanteil der Käufer von dem Moment ab, wo der Geschäftsanteil auf ihn rechtsgültig übertragen ist, also auch schon vor der Anmeldung des Übergangs bei der Gesellschaft. Das folgt aus der Tatsache, dass der Anmeldung nach § 16 G. m. b. H.-Ges. keine rechtsbegründende Wirkung zukommt, sondern dass vielmehr der Käufer schon vorher durch die rechtsgültige Übertragung berechtigter Inhaber des Geschäftsanteils wird (vgl. S. 67) und die Vorschrift des § 16 G. m. b. H.-Ges. nur die Legitimation des Erwerbers des Geschäftsanteils der Gesellschaft gegenüber bis zur Anmeldung hinausschiebt, und der Veräusserer bis dahin der Gesellschaft, aber auch nur dieser, gegenüber als Inhaber des Geschäftsanteils legitimiert bleibt. Übt jedoch der Veräusserer auf Grund des § 16 G. m. b. H.-Ges. seine bisherige Mitgliedschaftsrechte nach der rechtsgültigen Übertragung des Geschäftsanteils auf den Käufer, unberechtigterweise zum Schaden des Käufers aus, so wird er dem Käufer, als dem bereits berechtigten Inhaber des Geschäftsanteils schadenersatzpflichtig. Wir sehen also, dass in den hier besprochenen Fällen der Übergang der Gefahr und der Übergang der Nutzungen und Lasten auf den Käufer zeitlich auseinanderfallen; eben weil, wie gesagt, die Nutzung und Lasten auch in diesen Fällen mit der rechtsgültigen Übertragung des Geschäftsanteils auf den Käufer übergehen, während der Über-

gang der Gefahr in diesen Fällen bis zu dem Moment hinausgeschoben wird, wo der Verkäufer seinerseits alles getan hat, um dem Käufer die Anmeldung des Übergangs des Geschäftsanteils und den Nachweis des Überganges bei der Gesellschaft zu ermöglichen.

Zu bemerken ist hier noch, dass ein solches Auseinanderfallen des Zeitpunktes des Gefahrüberganges und des Überganges der Nutzungen und Lasten auch dann stattfindet, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag zur Übertragung des Geschäftsanteils die Genehmigung der Gesellschaft erforderlich ist, und dieselbe erst nachträglich erfolgt. Dann macht die Genehmigung den Übertragungsvertrag nach § 184 BGB. in der Regel rückwirkend ex tunc wirksam. Die Nutzungen und Lasten stehen daher in solchem Falle vom Zeitpunkt des Abschlusses des Übertragungsvertrages dem Käufer zu und nicht erst vom Zeitpunkt der Genehmigung, mit welch letzterer erst die Gefahr auf den Käufer übergeht (vgl. S. 68).

E. Die Mängelhaftung des Verkäufers.

§ 24.

Da es sich beim Kauf eines Geschäftsanteils einer G. m. b. H. um einen Rechtskauf handelt, so kommen in erster Linie die Vorschriften des BGB. über Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel in Betracht. Danach ist der Verkäufer verpflichtet dem Käufer das verkaufte Recht (hier also den Geschäftsanteil) frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können (§ 434 BGB.), es sei denn, dass der Käufer das Vorhandensein des Rechtes des Dritten beim Vertragsschluss kannte (§ 439). (Über die Haftung des Verkäufers für den rechtlichen Bestand des verkauften Geschäftsanteils (§ 437 BGB.) vgl. S. 47 u. 48.) Was die Rechte, die von Dritten dem Käufer gegenüber geltend gemacht werden können, betrifft, so können dieselben sehr verschiedener Art sein. Zur Zeit der Anmeldung des Übergangs des Geschäftsanteils bei der Gesellschaft auf den Geschäftsanteil rückständige Leistungen (für die nach § 16, Abs. 3 G. m. b. H.-Ges. der Erwerber neben dem Veräusserer haftet) sind nach RG. keine Rechte Dritter im Sinne des § 434 BGB. [72]). Diese Ansicht begründet das RG. damit, dass § 434 sich nur auf

[72]) Recht 1915, Nr. 1310.

solche Belastungen bezieht, deren Grund ausserhalb des verkauften Gegenstandes (Rechtes) liegt. Da der Geschäftsanteil die aus der Mitgliedschaft fliessenden Einzelrechte und Verpflichtungen in sich umfasst, die Gesellschaft dem Inhaber des Geschäftsanteils auch nicht als Dritter gegenübersteht, so trifft das auf Einlagerückstände nicht zu, und könne daher auf solche der § 434 BGB. keine Anwendung finden. Diese Entscheidung ist aber m. E. irrig.

Gewiss, richtig ist es, dass aus der Mitgliedschaft fliessende Einzelrechte und Verpflichtungen, die erst nach der Übertragung des Geschäftsanteils auf den Käufer fällig werden [73]), vom verkauften Recht (dem Geschäftsanteil) mit umfasst werden, mithin integrierende Bestandteile des verkauften Rechts sind, und in Bezug auf solche Verpflichtung die G. m. b. H. selbst nicht ein Dritter gegenüber den Parteien des Kaufvertrags im Sinne des § 434 BGB. ist. Ganz anders verhält es sich aber m. E. bei Rückständen, die vor der Übertragung des Geschäftsanteils auf den Käufer schon fällig waren. Diese Rückstände sind für den Verkäufer [74]) allerdings integrierende Bestandteile des Geschäftsanteils, nicht aber mehr für den Käufer, der den Geschäftsanteil erst in einem Momente erwirbt, wo die Rückstände eben schon überfällig sind. Für den Käufer bedeuten diese Rückstände viel mehr eine Überbelastung, die nicht mehr vom gekauftem Recht (dem Geschäftsanteil) mit umfasst werden; in Bezug auf solche Rückstände scheint mir aus diesem Grunde die Gesellschaft im Verhältnis zum Erwerber des Geschäftsanteils wohl Dritter im Sinne des § 434 BGB. zu sein; (nicht Dritter ist sie allerdings in Bezug auf solche

---

[73]) Hierzu muss bemerkt werden, dass im Verhältnis der Kontrahenten zueinander nicht der Zeitpunkt der Anmeldung des Überganges bei der Gesellschaft, sondern der Zeitpunkt der rechtsgültigen Übertragung des Geschäftsanteils auf den Käufer für die Frage massgebend ist, welche Leistungen noch vom Verkäufer zu tragen sind, und welche bereits dem Käufer obliegen. Denn wir haben ja gesehen (S. 69), dass schon vor der Anmeldung des Überganges bei der Gesellschaft vom Momente der rechtsgültigen Übertragungs des verkauften Geschäftsanteils auf den Käufer dem Käufer die Nutzungen aus dem Geschäftsanteil gebühren und er die Lasten zu tragen hat. Demnach hat im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander der Käufer und nicht der Verkäufer solche Leistungen zu tragen, die zwar zur Zeit der Anmeldung des Überganges des Geschäftsanteils bei der Gesellschaft rückständig sind, aber erst nach der rechtsgültigen Übertragung des Geschäftsanteil auf den Käufer fällig geworden sind.

[74]) der zur Zeit der Fälligkeit dieser Rückstände berechtigter Inhaber des betreffenden Geschäftsanteils war.

Rückstände im Verhältnis zum Veräusserer des Geschäftsanteils, da wie gesagt, diesem gegenüber die Rückstände integrierende Bestandteile des verkauften Geschäftsanteils sind). Aber für die Anwendung des § 434 BGB. kommt es m. E. darauf an, wer Dritter im Verhältnis zum Käufer ist. Der Verkäufer eines Geschäftsanteils einer G. m. b. H. haftet m. E. daher dem Käufer nach § 434 BGB. dafür, dass der verkaufte Geschäftsanteil nicht mit rückständigen Leistungen belastet ist, für die der Verkäufer nach § 16, Abs. 3 G. m. b. H.-Gesetz neben dem Verkäufer der Gesellschaft gegenüber haftet und die schon vor der Übertragung des Geschäftsanteils auf den Käufer fällig waren. Zu solchen Leistungsrückständen gehören auch Zahlungen, die gegebenenfalls nach § 24 u. § 31 G. m. b. H.-Gesetz oder Nachschusszahlungen, die gemäss § 26 G. m. b. H.-Gesetz auf den verkauften Geschäftsanteil entfallen, und zur Zeit der Übertragung des Geschäftsanteils auf den Käufer bereits fällig sind. Natürlich steht es den Parteien frei, im Kaufvertrage zu vereinbaren, dass der Käufer die vorhandenen Rückstände mit dem gekauften Geschäftsanteil übernimmt; durch eine solche Vereinbarung wird der Verkäufer von seiner Haftpflicht für die Rückstände dem Käufer gegenüber befreit. In solch einem Falle haftet vielmehr aus dem Kaufvertrage der Käufer dem Verkäufer dafür, dass die Rückstände bezahlt werden, da der Verkäufer nach § 16, Abs. 3 G. m. b. H.-Gesetz neben dem Käufer für die Bezahlung der Rückstände der Gesellschaft gegenüber haftet.

Während also für die Beseitigung von Leistungsrückständen, die z. Zt. des rechtsgültigen Überganges des Geschäftsanteils auf den Käufer bereits fällig sind, der Verkäufer dem Käufer nach § 434 BGB. haftet, verhält es sich ganz anders mit solchen Leistungen aus dem verkauften Geschäftsanteil, die erst nach der Übertragung des Geschäftsanteils auf den Käufer, aber vor der Anmeldung des Überganges bei der Gesellschaft fällig werden, die also auch z. Zt. der Anmeldung des Überganges bei der Gesellschaft bereits rückständig sind. Solche z. Zt. der Anmeldung des Überganges rückständige Leistungen muss der Käufer tragen, da, wie wir gesehen haben, die Nutzungen und Lasten aus dem verkauften Geschäftsanteil bereits mit der rechtsgültigen Übertragung (also vor der Anmeldung des Überganges des Geschäftsanteiles auf den Käufer bei der Gesellschaft) auf den Käufer übergehen. Aber auch für solche Leistnugsrückstände haftet nach

§ 16, Abs. 3 der Gesellschaft gegenüber der Verkäufer neben dem Käufer. Aus dem Gesagten folgt, dass der Verkäufer ein Regressrecht an den Käufer hat, falls er auf Grund des Absatz 3 des § 16 G. m. b. H.-Gesetz für solche Leistungen, die erst nach der Übertragung des Geschäftsanteils auf den Käufer, aber vor der Anmeldung des Überganges bei der Gesellschaft fällig geworden sind, von der Gesellschaft in Anspruch genommen wird.

Sind Anteilscheine ausgegeben, so erhebt sich die Frage, ob der Verkäufer für Mängel der Urkunde nach den Vorschriften der §§ 459 ff. BGB. haftet. Wenn der Anteilschein eine gewöhnliche Urkunde (kein Wertpapier) ist, welche die Legitimation des Berechtigten nur erleichtern soll, dann ist diese Frage jedenfalls zu verneinen. Die Pflicht zur Auslieferung des Anteilscheins ist, wie wir gesehen haben, in diesen Fällen nur eine Nebenpflicht des Verkäufers (§ 444 BGB.), der Anteilschein ist nicht Gegenstand des Kaufes; die §§ 459 ff. können daher in Bezug auf Mängel der Anteilschein-Urkunde keine Anwendung finden. Sollte jedoch in diesen Fällen dadurch, dass der Anteilschein gar nicht oder nur in geschädigtem Zustande dem Käufer ausgeliefert wird, letzterem ein materieller Schaden erwachsen, dann hat allerdings der Verkäufer Schadenersatz zu leisten, vorausgesetzt, dass er das Beschädigtsein der Urkunde vorsätzlich oder fahrlässig (§ 276 BGB.) verschuldet hat. Und zwar tritt diese Schadenersatzpflicht des Verkäufers auch dann ein, wenn er zwar die Beschädigung der Urkunde direkt nicht zu vertreten hat, wohl aber dieselbe bei Abschluss des Vertrages gekannt und die daraus dem Käufer entstehenden Unkosten vorausgesehen hat, ohne den Käufer auf diese Tatsachen aufmerksam zu machen (culpa in contrahendo). Für diese Schadenersatzansprüche, die sich wie gesagt, hier nur auf eine Nebenverpflichtung des Verkäufers beziehen, kommen die diesbezüglichen Vorschriften des allgemeinen Teiles des Rechts der Schuldverhältnisse in Anwendung. Es kann auch nicht die kurze Verjährungsfrist des § 477 in diesen Fällen zur Anwendung kommen. Denn, da der Kaufvertrag trotz der Mängel der Urkunde hier in jedem Falle gültig bleibt (abweichend von den Fällen auf die § 459 ff. Anwendung finden), so liegt in diesen Fällen kein Bedürfnis der Verkehrssicherheit vor, dass die Anwendung der kurzen Verjährung rechtfertigen würde. In diesen Fällen bleibt es daher bei der allgemeinen Vorschrift des § 195 BGB. Wie steht es aber mit der Frage der Haftung des

Verkäufers für Fehler der Anteilscheinurkunde in den Fällen, wo durch Gesellschaftsstatut an die Innehabung des Anteilscheines bestimmte Rechtsfolgen geknüpft sind, insbesondere wenn die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte resp. die Abtretung des Geschäftsanteils an die Vorweisung bezw. Übergabe des Anteilscheins geknüpft sind, und dadurch, wie wir gesehen haben, der Anteilschein eine Art Wertpapier ist. Obgleich beim Verkauf von Wertpapieren in der Regel für Mängel der Urkunde die Vorschriften des §§ 459 ff. BGB. Anwendung finden, ist m. E. in den uns hier beschäftigenden Fällen solches nicht möglich. Denn, wenn auch der Anteilschein in diesen Fällen eine Art Wertpapier ist, so fehlt ihm doch eine der wichtigsten Funktionen, die den Vollwertpapieren zukommt, nämlich die Transportfunktion. Aber gerade diese Rechtstransportfunktion und die daraus sich ergebende Umsatzfähigkeit des Wertpapieres ist es, die beim Kauf von Vollwertpapieren der Urkunde eine solche Bedeutung verleiht, dass auf Mängel derselben die §§ 459 ff. anzuwenden sind. Da aber der Anteilschein diese Transportfunktion eben nicht besitzt und daher in der Regel nicht für den Umsatz bestimmt ist, so kann eventuellen Mängeln der Urkunde des Anteilscheines beim Kauf des Geschäftsanteils in der Regel keine so grosse Bedeutung zugemessen werden, dass ihretwegen dem Käufer des Geschäftsanteils das Recht auf Wandelung oder gar Schadenersatz wegen Nichterfüllung zugebilligt werden könnte. Das bedeutet aber so viel, dass in der Regel die § 459 ff. in Bezug auf Mängel der Urkunde des Anteilscheines keine Anwendung finden können, auch wenn der Anteilschein, wie gesagt, eine Art Wertpapier ist. Andererseits können aber auch in diesen Fällen Mängel der Anteilscheinsurkunde, weil letzterer hier eine Art Wertpapier ist, dem Käufer des Geschäftsanteils bedeutende Unkosten verursachen, so z. B. wenn die Urkunde erneuert oder wiederhergestellt werden muss, damit der Käufer den gekauften Geschäftsanteil weiter veräussern resp. seine Mitgliedschaftsrechte der Gesellschaft gegenüber geltend machen kann. Da nun der Verkäufer, wie wir oben (S. 60) gesehen haben, in den Fällen, wo an die Innehabung des Anteilscheines durch Gesellschaftsstatut bestimmte Rechte geknüpft sind, die Anteilscheinsurkunde dem Käufer übergeben muss, so liegt eine mangelhafte Erfüllung im Sinne des § 433 BGB. vor, wenn die übergebene Anteilscheinsurkunde mit Mängeln behaftet ist. Da nun aber die Vorschriften der

§ 459 ff. in diesen Fällen, wie wir gesehen haben, keine Anwendung finden können, so kommen in Bezug auf diese Mängel der Urkunde die Vorschriften des allgemeinen Teiles des Rechts der Schuldverhältnisse zur Anwendung. D. h., der Verkäufer muss die Mängel beseitigen (§ 249 BGB.), was in Bezug auf Mängel der Anteilscheinurkunde dem Verkäufer in der Regel möglich ist. Denn, wie wir gesehen haben (S. 59, Anm. 65), ist die Gesellschaft verpflichtet entweder an Stelle des schadhaften Anteilscheines einen neuen auszugeben, oder aber die Ausübung der an die Innehabung des Anteilscheines geknüpften Rechte auch ohne den Anteilschein dem rechtmässigen Inhaber des Geschäftsanteils zu gestatten. Und wenn der Verkäufer dies bei der Gesellschaft bewirkt, dann hat er eben auch die Mängel der Anteilscheinsurkunde beseitigt.

In bestimmten Fällen wird aber beim Verkauf von Geschäftsanteilen, über die Anteilscheine ausgegeben sind, doch ein richtiger Wertpapierkauf vorliegen, so dass in diesen Fällen die Vorschriften der §§ 459 BGB. (über gewöhnlichen Käufen von Zirkulationspapieren) bei Mängel der Urkunde des Anteilscheines Anwendung finden müssten. Es sind dies die Fälle, wo der Käufer offensichtlich den Geschäftsanteil kauft, um durch Weiterverkauf Zwischengewinne zu tätigen. (Dies kann sehr wohl auch bei Beobachtung der Formvorschrift des § 15 G. m. b. H.-Gesetz geschehen.) Wenn hier der Käufer den gekauften Geschäftsanteil nicht zur rechten Zeit weiterverkaufen kann [75]), weil die Anteilscheinsurkunde Mängel aufweist, dann ist eine Anwendung der §§ 459 ff. BGB. wie bei richtigen Zirkulationspapieren durchaus am Platz, denn der Käufer kann in diesen Fällen ein berechtigtes Interesse auf Wandlung oder gegebenenfalls Schadenersatz wegen Nichterfüllung haben. In diesen Fällen ist auch die kurze Verjährungsfrist von 6 Monaten des § 477 anzuwenden, da solches in diesen Fällen (wegen der Möglichkeit der Wandlungsklage resp. Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung) genau ebenso im Interesse der Verkehrssicherheit liegt, wie bei richtigen Sachkäufen. Ob ein derartiger Kauf zu Umsatzzwecken tatsächlich vorliegt, und daher die § 459 ff. auf Mängel der Anteilschein-

[75]) Es kann z. B. die Weiterveräusserung deshalb nicht zur rechten Zeit möglich sein, weil die Anteilscheinurkunde fehlt oder wegen Mängel ungültig ist, die Weiterveräusserung des Geschäftsanteils aber durch Gesellschaftsstatut an die Übergabe des Anteilscheines geknüpft ist.

urkunde anzuwenden sind, muss in jedem Einzelfalle aus der Lage der Dinge festgestellt werden. Nicht können dem Käufer die Rechte aus dem § 459 ff. gewährt werden, wenn der bezweckte Umsatz des gekauften Geschäftsanteils nur mit Umgehung gesetzlicher Vorschriften, namentlich der Formvorschriften der §§ 15 und 17 G. m. b. H.-Gesetz getätigt werden kann. Da ein solcher unter Umgehung einer gesetzlichen Vorschrift getätigte Umsatz nach § 125 oder 134 BGB. nichtig wäre, wird der Kauf des Geschäftsanteils in diesen Fällen so behandelt werden müssen, wie wenn der Zweck des Kaufs der normale wäre, nämlich der Erwerb der Dauermitgliedschaft an der G. m. b. H. Das bedeutet aber, dass, wie oben ausgeführt, für Mängel der Urkunde in solchen Fällen die §§ 459 ff. keine Anwendung finden können.

Was den T a l o n betrifft, so können in Bezug auf Mängel der Talonurkunde die § 459 ff. keine Anwendung finden. Direkt nicht, weil, wie wir gesehen haben [76]), die Pflicht des Verkäufers zur Herausgabe der Talonurkunde nur eine Nebenverpflichtung nach § 444 ist, die Talonurkunde also selbst nie Kaufsache im Sinne der §§ 459 ff. ist. Analog nicht, weil Mängeln der Talonurkunde keine solche Bedeutung zukommt [77]), dass ihretwegen dem Käufer in Bezug auf den Kauf des Geschäftsanteils die in den §§ 459 ff. gewährten Rechte zugebilligt werden könnten. Allerdings kann auch in Bezug auf Mängel der Talonurkunde der Verkäufer schadenersatzpflichtig werden [78]), wenn durch diese Mängel dem Käufer Verluste entstehen, und der Verkäufer den Mangel vorsätzlich oder fahrlässig (§ 276) verschuldet hat. Der Umfang einer solchen Schadenersatzpflicht wird in jedem Einzelfalle nach Lage der Dinge festzustellen sein [79]).

---

[76]) S. 66.

[77]) Denn der berechtigte Inhaber des Geschäftsanteils kann ja jederzeit, wie oben ausgeführt, auch ohne Talonurkunde sein Recht auf die fällige Serie neuer Dividendenscheine geltend machen. Vgl. S. 65.

[78]) Und zwar wegen Nichterfüllung einer Teilverbindlichkeit (nämlich der Pflicht eine mangelfreie Talonurkunde zu liefern; vgl. hierzu auch Anm. 26 auf S. 26). Nach den entsprechenden Vorschriften des allgemeinen Teiles des Rechts der Schuldverhältnisse in erster Linie der §§ 325, 323.

[79]) Mängeln der Talonurkunde wird aber in keinem Fall eine solche Bedeutung zuerkannt werden können (vgl. Anm. 77), dass dem Käufer ihretwegen das im 2. Satze des Abs. 1 des § 325 gewährte Recht zugestanden werden könnte, nämlich wegen mangelnden Interesses an der Erfüllung des

Was schliesslich die Dividendenscheine betrifft, so sind diese meistens auf den Inhaber gestellt und dann richtige Inhaberpapiere, oder sie sind durch Indossament übertragbare Orderpapiere. Da es sich beim Kauf von Dividendenscheinen um einen richtigen Wertpapierkauf handelt, so finden bei Mängel der Urkunde die §§ 459 ff. BGB. Anwendung. Und zwar ist dies regelmässig der Fall, wenn einzelne Dividendenscheine für sich verkauft werden. Werden die betreffenden Dividendenscheine, deren Urkunde Mängel aufweist, zusammen mit dem Geschäftsanteil verkauft, dann kommt es auf die Lage des Einzelfalles an, ob diese Mängel der Dividendenscheinsurkunden für den Käufer eine solche Bedeutung haben, dass der Wert des gekauften Geschäftsanteils für ihn derart gemindert wird, dass es billig erscheint, wegen dieser Mängel dem Käufer auch hinsichtlich des gekauften Geschäftsanteils die in den §§ 459 ff. gewährten Rechte zuzusprechen, d. h. auf diese Fälle in Bezug auf den ganzen Kaufvertrag, der den Geschäftsanteil zum Gegenstande hat, die §§ 459 ff. analog anzuwenden. Dabei muss in Betracht gezogen werden, dass wenn den Mängeln der Dividendenscheinsurkunden eine solche Bedeutung nicht beigelegt werden kann, immer noch in Bezug auf den Kauf der einzelnen Dividendenscheine die §§ 459 ff. analog anzuwenden sind. Denn wir haben ja auf S. 62/63 gesehen, dass der Verkauf der Dividendenscheine unabhängig vom Verkauf des entsprechenden Geschäftsanteils erfolgen kann. Das gleiche gilt natürlich auch für Fälle, wo nicht der Urkunde der einzelnen Dividendenscheine, sondern den in diesen Scheinen verbrieften Dividendenbezugsrechts ein Mangel anhaftet, wobei dann natürlich an Stelle der § 459 ff. die §§ 434 ff. Anwendung finden müssen.

Sehr umstritten ist die Frage, wie weit der Verkäufer für den Wert des das Objekt der G. m. b. H. bildenden Unternehmens einzustehen hat und für Mängel des Unternehmens nach § 459 ff. haften muss. Vgl. über diese Frage im allgemeinen S. 23 ff. Zunächst muss hierzu festgestellt werden, dass der Verkäufer immer für Eigenschaften des Unternehmens der G. m. b. H. haftet, über welche er den Käufer bestimmte Zusicherungen [80]) gemacht hat.

Kaufvertrages über den Geschäftsanteil vom ganzen Kaufvertrag zurücktreten zu können, resp. Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit fordern zu dürfen.

[80]) Viele Autoren unterscheiden zwischen einfachen Zusicherungen und

Denn in solchen Fällen kann § 459, Abs. 2 unbedenklich analog angewendet werden. Ist doch die Interessenlage der Parteien hier ganz die gleiche, wie bei gewöhnlichen Sachkäufen, wenn der Verkäufer bestimmte Eigenschaften der verkauften Sache zugesichert hat. Das eben Gesagte gilt auch, wenn der Verkäufer keine bestimmten Eigenschaften des Unternehmens zugesichert hat, wohl aber eine bestimmte Rentabilität, denn die Rentabilität kann durchaus als Eigenschaft im Sinne des § 459, Abs. 2 aufgefasst werden. In Bezug auf die Verjährung nach § 477 muss in diesen Fällen, wo es sich um zugesicherte Eigenschaften des Unternehmens der G. m. b. H. handelt, nicht die Frist von 6 Monaten, sondern die von einem Jahre zur Anwendung kommen, was wir bereits oben, S. 39 ff. für solche Fälle, wo es sich um Eigenschaften eines Unternehmens als Ganzes handelt, festgestellt haben. Hat nun aber der Verkäufer eines Geschäftsanteils einer G. m. b. H. keinerlei Zusicherung hinsichtlich der Rentabilität oder einer sonstigen Eigenschaft des Unternehmens der G. m. b. H. gemacht, dann fragt es sich, ob für Mängel des Unternehmens auch der § 459, Abs. 1 analog anzuwenden ist. Hierbei müssen wir zunächst feststellen, dass eine solche analoge Anwendung nur dann Platz haben kann, wenn es sich um Fehler handelt, die den „Wert oder die Tauglichkeit des verkauften Geschäftsanteils zu den gewöhnlichen oder den nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufgeben oder mindern." Nun wird aber von einem Wert oder Tauglichkeit zu dem „gewöhnlichen" Gebrauch bei einem Geschäftsanteil einer G. m. b. H. in der Regel nicht gesprochen werden können, es kommen also eigentlich nur die Fälle in Frage, wo es sich um den nach dem Vertrage voraus gesetzten Gebrauch handelt, ohne dass bestimmte Zusicherungen des Verkäufers vorliegen. Wenn sich in solchen Fällen aus der Lage des Einzelfalles ein objektiver Masstab für den Wert, resp. die Tauglichkeit des verkauften Geschäftsanteils zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch feststellen lässt, was häufig aber nicht der Fall sein dürfte, dann können allerdings m. E. die §§ 459 BGB. unbedenklich auf Mängel des Unternehmens der G. m. b. H. analog angewendet werden. Denn die Interessenlage der Parteien wäre in solchen Fällen genau die gleiche, wie bei ge-

Garantieverträge. Mir scheint eine solche Unterscheidung nicht möglich zu sein. Jede Zusicherung, wenn sie nur ernstlich als solche gemeint ist, bedeutet m. E. eine Garantieübernahme, und auf solche stellt § 459, Abs. 2 ab.

wöhnlichen Sachkäufen. Was den § 477 betrifft, so muss auch in solchen Fällen die Frist von 1 Jahr zur Anwendung kommen, weil es sich um Fehler eines ganzen Unternehmens handelt (vgl. S. 39 ff.). Lässt sich aber im Einzelfalle (wo der Verkäufer keine Zusicherung hinsichtlich bestimmter Eigenschaften resp. der Rentabilität des Unternehmens der G. m. b. H. gemacht hat), ein objektiver Wertmasstab für den „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauchs" nicht feststellen, dann kann eine Haftung des Verkäufers gar nicht in Frage kommen. Denn ein bestimmter Wert des Unternehmens der G. m. b. H., der dem Käufer und Verkäufer bei Vertragsschluss vorgeschwebt haben könnte und über den beide sich stillschweigend geeinigt hätten, lässt sich in solchem Falle gar nicht ermitteln. Der Verkäufer hat in solchen Fällen den Geschäftsanteil einer G. m. b. H., so wie sie tatsächlich in wirtschaftlicher Hinsicht vorliegt, gekauft und hat, da er vom Verkäufer keine Zusicherung verlangt hat, es sich selbst zuzuschreiben, wenn er etwas Minderwertigeres gekauft hat, als er sich vorgestellt hatte. Im übrigen dürfte diese Frage der analogen Anwendung des § 459, Abs. 1 BGB. auf Mängel des Unternehmens beim Kauf von G. m. b. H. Geschäftsanteilen in der Praxis nur selten eine Rolle spielen. Denn bei den meisten Kaufverträgen über Geschäftsanteile einer G. m. b. H. dürfte der Verkäufer irgendwelche zusichernde Angaben über den Stand des Unternehmens der G. m. b. H. speziell auch über die Rentabilität desselben gemacht haben, und dann kommt, wie wir gesehen haben, § 459, Abs. 2 zur Anwendung, so dass es einer analogen Anwendung des § 459, Abs. 1 gar nicht bedarf.

Zum Schluss sei noch in Bezug auf das Verhältnis von obligatorischem Kaufvertrag und dinglichem Übertragungsvertrag folgendes bemerkt. Wenn der obligatorische Kaufvertrag aus einem anderen Grunde als aus Formmangel (z. B. durch Geltendmachung eines dem Käufer oder Verkäufer zustehenden Anfechtungsrechtes) nichtig ist, so besteht zwar ein formgerecht abgeschlossener Übertragungsvertrag zurecht, und der verkaufte Geschäftsanteil ist auf den Käufer übergegangen. Der Verkäufer kann aber in solchem Falle die Rückübertragung des verkauften Geschäftsanteils nach § 812 BGB. fordern, da in solch einem Falle der Käufer ohne rechtlichen Grund auf Kosten des Verkäufers bereichert ist.

Lebenslauf.

Ich, Leo von Middendorff, Sohn des Rittergutsbesitzers Ernst von Middendorff und seiner Gemahlin Mary, geb. von Wilcken, bin geboren am 8. März 1893 auf dem väterlichen Gute Hellenorm, Kreis Dorpat, Livland. Von meinem 9. Lebensjahre an erhielt ich bis zum Jahre 1910 häuslichen Unterricht. Im Herbst 1910 trat ich in die 7. Gymnasialklasse von Rudolf von Zeddelmanns Dorpater deutschem Privat-Knabengymnasium ein. Aus der 8. Klasse dieses Gymnasiums, das keine staatlichen Rechte verlieh, trat ich zu Weihnachten 1911 wieder aus und begab mich nach Moskau, wo ich am 5. städtischen Gymnasium im Mai 1912 als Externer die Reifeprüfung bestand. Im August 1912 liess ich mich auf der medizinischen Fakultät der Universität Dorpat immatrikulieren. Nach dem im April 1916 erfolgten Tode meines Vaters fielen die zu unserem Familienfideikommiss gehörigen 3 in Livland belegenen Rittergüter Hellenorm, Samhof und Pörrafer in meinen Besitz, deren Verwaltung ich mich nun widmete. Durch die estnische Agrarrevolution vom Jahre 1919/20 wurde ich meiner Güter beraubt und musste ich mich daher nach einem neuen Lebensberuf umsehen. Ich liess mich in Königsberg auf der juristischen Fakultät immatrikulieren und studierte seit Herbst 1920 bis Sommer 1926 in Tübingen Jurisprudenz und Nationalökonomie. Vom Herbst 1926 bis Herbst 1927 arbeitete ich mit einigen Pausen gleichfalls in Tübingen an der vorliegenden Dissertationsschrift.

Es sei mir gestattet auch an dieser Stelle den Herren Dozenten der Tübinger juristischen und staats- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät, insbesondere aber meinem hochverehrten Lehrer Herrn Prof. Dr. Ph. v. Heck meinen besten Dank zu sagen für alle Anregung und Förderung, die ich von ihnen erfahren habe.